La libertad y la ley, Bruno Leoni

Sobre el autor



Bruno Leoni (1913-1967) fue profesor de Teoría del Derecho y Teoría del Estado en la Universidad de Pavía desde 1942 hasta su muerte. En la Universidad de Pavía fue decano de la Facultad de Ciencias Políticas y director del Instituto de Ciencia Política de la misma universidad. También fue abogado practicante, editor fundador del diario *Il Politico* y presidente de la Sociedad Mont Pelerin.

En su obra La libertad y la ley, publicada en 1961, señala la importancia del derecho histórico (Ius civil romano y el derecho anglosajón) y critica la legislación moderna y la idea de que la ley es un simple resultado de las decisiones políticas. Otra importante contribución de Leoni a la filosofía del derecho es su teoría de la ley como derecho individual, que desarrolló en múltiples artículos y ensayos.



Liberty Fund es una fundación educativa privada establecida para fomentar el estudio del ideal de una sociedad de individuos libres y responsables. La fundación desarrolla, supervisa y financia sus propias actividades educativas para promover el pensamiento y alentar el discurso acerca de asuntos duraderos relacionados con la libertad. Las actividades de Liberty Fund se concentran en tres áreas: la publicación de libros, la organización de conferencias y la oferta de recursos educativos.



ElCato.org es la página Web en español del Cato Institute. Desde que fue lanzada en 1998, la página ha publicado artículos de opinión, libros, ensayos y estudios realizados por académicos del Instituto y por otros liberales conocidos internacionalmente sobre una extensa gama de tópicos relevantes para Latinoamérica y el resto del mundo de habla hispana. El sitio Web tiene el propósito de promover en las Américas y España los valores de una sociedad libre y las políticas públicas que sean consistentes con esos valores.

Tabla de Contenidos

[Ir a tabla de contenidos]

Prólogo

Jesús Huerta de Soto

Catedrático de Economía Política Universidad Rey Juan Carlos

La libertad y la ley es uno de los libros más importantes sobre la teoría y la política de la libertad y la filosofía del derecho que se han escrito en este siglo. Constituye una magnífica aportación a la teoría del liberalismo escrita desde el punto de vista jurídico-político por un autor brillante y multidisciplinar que, a diferencia de lo que suele ser habitual en el resto de los teóricos liberales (en su mayoría de tradición cultural germana o anglosajona), fundamenta su análisis y desarrolla sus razonamientos fuertemente enraizados en la tradición cultural mediterránea de Grecia y, sobre todo, de Roma. Por ello, *La libertad y la ley* ha de ser lectura obligada para todo jurista, político y científico social amante de la libertad en España,[1] y estoy seguro de que la lectura y estudio de este libro habrá de crear en el lector la misma profunda emoción e impresión intelectual que a mí me produjo cuando, ya hace veinte años, estudié por primera vez esta obra de Bruno Leoni. En el presente Prólogo, y tras unas breves referencias biográficas sobre el autor, explicaré la esencia de la aportación de Bruno Leoni y el papel que la misma juega dentro de la teoría política y del movimiento liberal contemporáneo.

Bruno Leoni nació el 26 de abril de 1913 y llevó una vida muy intensa y multifacética. Catedrático de Filosofía del Derecho y de Teoría del Estado en la Universidad de Pavía, fue decano de la Facultad de Ciencias Políticas de esta universidad y fundador de la famosa revista *Il Politico*. Igualmente fue abogado en ejercicio con bufete abierto en Turín, empresario, arquitecto *amateur*, músico, gran amante del arte y lingüista (hablaba a la perfección, aparte del italiano, el inglés, el francés y el alemán). Por todo ello, y por la gran amplitud de sus miras e intereses intelectuales y artísticos, puede considerarse a Bruno Leoni más un hombre del Renacimiento que el típico investigador científico de nuestro días.[2] Además, Bruno Leoni tuvo una intervención muy significada durante la Segunda Guerra Mundial, ayudando a salvar a multitud de soldados aliados en la Italia ocupada por los alemanes. En septiembre de 1967 fue nombrado presidente de la Sociedad Mont Pèlerin, falleciendo trágicamente poco después, el 21 de noviembre de 1967.[3]

La historia de la elaboración del libro *La libertad y la ley* es también bastante curiosa. El libro tiene su origen en un seminario que organizó Arthur Kemp en el Claremont College del 15 al 28 de junio de 1958, y en el que participaron Friedrich A. Hayek, Milton Friedman y Bruno Leoni.[4] Leoni expuso sus ideas verbalmente, utilizando para ello unas simples notas manuscritas. Su conferencia fue grabada y transcrita en inglés, siendo posteriormente, tras recibir la aprobación definitiva del

autor, editada en forma de libro en 1961.[5]

La aportación esencial de Bruno Leoni radica en su concepción del Derecho como producto eminentemente evolutivo y consuetudinario, en su crítica de la legislación y de la concepción kelseniana del Derecho y en su análisis comparativo entre el proceso de formación del Derecho romano y la *common law* de origen anglosajón. De forma incluso más convincente y en muchas ocasiones mejor articulada que la del propio Hayek, Bruno Leoni explica los graves peligros que para la libertad ciudadana supone la inflación legislativa y la amenaza que el intervencionismo legislativo del Estado basado en la concepción kelseniana del Derecho supone para la civilización. Y todo ello fundamentado en un análisis enraizado en la tradición jurídica continental romana que pone de manifiesto, una vez más, cómo las verdaderas raíces intelectuales e históricas del liberalismo se encuentran más en nuestra propia tradición cultural que en la del mundo anglosajón.[6]

La idea central de Bruno Leoni sobre el Derecho se encuentra íntimamente relacionada con la teoría de la Escuela Austriaca de Economía, originariamente desarrollada por Carl Menger, en torno al surgimiento evolutivo de las instituciones. En efecto, para Menger las instituciones surgen de forma espontánea y evolutiva a lo largo de un periodo muy prolongado de tiempo y de muchas generaciones, en las que una multitud de seres humanos va aportando, cada uno de ellos, su pequeño «grano de arena» o acervo de conocimiento y de experiencias personales generadas en sus circunstancias particulares de tiempo y lugar. Menger desarrolló su teoría sobre el nacimiento y evolución de las instituciones sociales aplicándola al caso concreto del surgimiento del dinero, pero también indicó que podría aplicarse de la misma manera a otras instituciones sociales de gran importancia, como las lingüísticas y las jurídicas.[7] Pues bien, es en relación con el desarrollo de las instituciones jurídicas donde entra de lleno la aportación de Bruno Leoni que, muy influenciado por estas ideas de la Escuela Austriaca, las aplicó al campo del surgimiento y evolución del Derecho, ilustrándolas con los procesos de formación del Derecho romano y de la *rule of law* en el mundo anglosajón. En efecto, para Bruno Leoni el Derecho no es un cuerpo de normas positivas emanadas de un parlamento, sino que es un conjunto de comportamientos pautados que se han ido formando a lo largo de un periodo muy dilatado de tiempo y que conllevan una gran sabiduría, puesto que en su proceso *evolutivo* de formación han intervenido una multitud de personas en una infinita variedad de circunstancias. Además, estas instituciones jurídicas se forman de manera *selectiva*, y aquellas sociedades y grupos que son capaces de adaptar su comportamiento a las normas pautadas que más favorecen el ajuste y coordinación social consiguen una ventaja comparativa sobre otros grupos sociales, por lo que terminan preponderando y extendiéndose a través del proceso social de simulación y aprendizaje.

La gran aportación de Bruno Leoni consiste en haber puesto de manifiesto que la teoría austriaca sobre el surgimiento y la evolución de las instituciones sociales no sólo cuenta con una perfecta ilustración en el caso del surgimiento del Derecho, sino que además había sido plenamente desarrollada y articulada con carácter previo por toda la escuela jurídica clásica del Derecho romano. Así, Leoni, citando a Catón por boca de Cicerón, señala expresamente cómo los juristas romanos ya eran conscientes de que el Derecho romano era muy superior al de otros pueblos porque no se debía a la creación personal de un solo hombre, sino de muchos, a través de una serie de siglos y generaciones, porque «no ha habido nunca en el mundo un hombre tan inteligente como para preverlo todo, e incluso si pudiéramos concentrar todos los cerebros en la cabeza de un mismo hombre, le sería a éste imposible tener en cuenta todo al mismo tiempo, sin haber acumulado la experiencia que se deriva de la práctica en el transcurso de un largo periodo de historia».[8] En suma, para Bruno Leoni el Derecho surge como resultado de una serie continua de tentativas en las que cada individuo tiene en cuenta sus propias circunstancias y el comportamiento de los demás, perfeccionándose a través de un proceso selectivo y evolutivo.[9]

La influencia, por tanto, de la Escuela Austriaca de Economía sobre el pensamiento de Bruno Leoni es evidente. Basta con repasar el número de veces que cita las obras de Mises y de Hayek en sus diferentes trabajos, así como constatar su plena familiaridad con las teorías desarrolladas por estos autores. Como botón de muestra podemos mencionar el tratamiento que Bruno Leoni dedica al estudio del teorema de la imposibilidad del cálculo económico socialista, descubierto por Ludwig von Mises en 1920.[10] Bruno Leoni fue el primer teórico de la ciencia política que se dio cuenta y puso de manifiesto que el argumento esencial de Mises en contra del socialismo no era sino un caso particular de la «concepción más general según la cual ningún legislador podría establecer por sí mismo, sin algún tipo de colaboración por parte de todo el pueblo involucrado, las normas que regulan la conducta de cada uno en esa perpetua cadena de relaciones que todos tenemos con todos».[11] Es más, Bruno Leoni completa la teoría de los economistas austriacos sobre el socialismo y va más allá, llegando a la conclusión de que ningún mercado libre es, en última instancia, compatible con el proceso centralizado de legislación parlamentaria a que hemos llegado a estar tan acostumbrados hoy en día, de manera que existe un claro paralelismo entre el concepto de legislación positiva y el socialismo, por un lado, y el concepto de Derecho entendido como producto evolutivo y consuetudinario y la libertad, por otro. Por eso, es claramente aplicable al propio Bruno Leoni su conclusión en relación con la aportación de Mises y Hayek sobre la imposibilidad del socialismo, la cual calificó como «la contribución más importante hecha a la causa liberal en nuestro tiempo».[12]

Ahora bien, Leoni no sólo se vio altamente influenciado por las teorías de la

Escuela Austriaca, dándose cuenta de que las mismas tenían unos precursores mucho más antiguos en toda la corriente del pensamiento clásico jurídico de Roma, sino que a su vez también influyó notablemente en los pensadores austriacos en general y, en particular, en el propio Hayek, el cual hasta que entró en contacto con Bruno Leoni en 1954 sólo había logrado conectar la teoría austriaca sobre el proceso de formación evolutiva de las instituciones con la tradición del liberalismo escocés encabezada por Hume.[13] Así, es evidente que, gracias a la positiva influencia de Bruno Leoni, Hayek empezó a ser cada vez más consciente de la importancia del Derecho, entendido como resultado de un proceso evolutivo, como garantía de la libertad individual, comprendiendo de manera cada vez más clara y profunda el grave peligro que la legislación positiva emanada de los Estados y fundamentada en la concepción kelseniana del derecho positivo suponía para la libertad individual. Ésta es la idea que fue depurando Hayek en las últimas décadas de su vida, gracias a los trabajos iniciales de Leoni que, sin duda alguna, ha sido en nuestro siglo el crítico más efectivo, profundo y original de la legislación positiva y de la concepción kelseniana del Derecho.[14] Bruno Leoni tiene el importante mérito de haber centrado los trabajos de Hayek,[15] dándoles no sólo una fundamentación basada en la concepción clásica del Derecho romano, sino también realizando una magistral integración, dentro de una teoría sintética de la libertad, de la más clásica tradición jurídica romana con la tradición anglosajona de la *rule of law* y la teoría económica de los procesos sociales desarrollada por la Escuela Austriaca.[16]

La prematura muerte de Bruno Leoni en 1967 privó a la ciencia social, a la filosofía política y a la teoría de la libertad de nuestro tiempo de aportaciones de inimaginable valor. Sin embargo, las obras de Leoni, y en especial *La libertad y la ley*, constituyen un instrumento seminal de trabajo de incalculable valor para los jóvenes investigadores de nuestros días que hoy tenemos la responsabilidad moral y profesional de impulsar y continuar. Y me gustaría terminar este Prólogo con las siguientes palabras en las que Hayek evaluó el trabajo de Bruno Leoni de la siguiente manera: *La libertad y la ley* ha establecido «el puente intelectual que ha vencido la tradicional separación existente entre el estudio del Derecho y el análisis teórico de las Ciencias Sociales. Quizá la enorme riqueza de sugerencias que este libro contiene sólo se hará completamente evidente para aquellos que ya hayan trabajado en líneas similares. En todo caso, Bruno Leoni sería el último en negar que este libro simplemente señala el camino del mucho trabajo intelectual que todavía nos queda por delante hasta que las semillas de las nuevas y tan fructíferas ideas que este libro contiene puedan fructificar en todo su esplendor.»[17] Que así sea.

[Ir a tabla de contenidos]

La libertad y la ley

[Ir a tabla de contenidos]

Introducción

Parece ser destino de la libertad individual en nuestro tiempo que sea defendida principalmente por economistas más bien que por juristas o científicos de la política.

En cuanto a los juristas, la razón es quizá que, de alguna manera, se ven obligados a hablar basados en su conocimiento profesional, y, por tanto, en términos de los sistemas legales contemporáneos. Como dijo lord Bacon, «hablan como si estuvieran atados». Los sistemas jurídicos contemporáneos a los que se sienten ligados parece como si fueran reduciendo paulatinamente el terreno de la libertad individual.

Por su parte, los científicos políticos a menudo parecen inclinados a pensar en la política como si fuera una especie de técnica, comparable, por decirlo así, a la ingeniería, y que implica la idea de que los científicos políticos pueden tratar a la gente de una manera parecida a como los ingenieros manipulan las máquinas o las fábricas. Esa idea ingenieril de la ciencia política tiene, de hecho, poco o nada en común con la causa de la libertad individual. Desde luego, no es ésta la única manera de concebir la ciencia política como técnica. La ciencia política se puede también considerar (aunque esto cada vez resulta menos frecuente hoy) como una manera de poner a las personas en situación de comportarse, en la medida de lo posible, como les apetece, en lugar de hacerlo de una manera que los tecnócratas consideren adecuada.

A su vez, el conocimiento de la ley se puede considerar en una perspectiva distinta de la del abogado, que siempre que ha de defender un caso ante los tribunales ha de hablar como si estuviera «atado». Un abogado, si está suficientemente versado en la ley, sabe muy bien cómo funciona el sistema jurídico de su país (y también, a veces, cómo no funciona). Además, si posee algún conocimiento histórico, puede comparar fácilmente cómo se han comportado los sucesivos sistemas jurídicos en un mismo país. Por último, si sabe algo sobre la manera como otros sistemas jurídicos funcionan o han funcionado en otros países, puede establecer muchas comparaciones valiosas que, normalmente, están más allá de las posibilidades del economista y del científico político. De hecho, la libertad no es sólo un concepto económico o político, sino también, y probablemente por encima de todo, un concepto legal, ya que implica necesariamente todo un complejo de consecuencias legales.

Mientras que el planteamiento político, en el sentido que he querido esbozar antes, es complementario del económico en cualquier intento de volver a definir la libertad, el planteamiento legal resulta complementario de ambos. Sin embargo, si queremos que nuestro intento tenga éxito, aún falta algo. En los siglos pasados se

han dado muchas definiciones de libertad, y algunas resultan incompatibles entre sí. El resultado es que sólo con ciertas reservas y después de una serie de investigaciones preliminares de tipo lingüístico se puede dar a esta palabra un sentido unívoco.

Todo el mundo puede definir lo que cree que es la libertad, pero si pretende que aceptemos su propia formulación debe aportar algún argumento realmente convincente. Este problema no es peculiar de las afirmaciones sobre la libertad; es una dificultad conexa con cualquier tipo de definición, y creo que es un mérito indudable de la actual escuela analítica de filosofía haber señalado su importancia. Consiguientemente, junto al planteamiento económico, político y legal resulta necesario añadir un enfoque filosófico para analizar la libertad.

No es fácil llevar a cabo esta combinación de puntos de vista. Otros problemas derivan de la naturaleza peculiar de las ciencias sociales y del hecho de que sus datos no se pueden precisar con la misma certeza que los de las llamadas «ciencias naturales».

Pese a ello, al analizar la libertad, he intentado, en lo posible, considerarla en primer término como un dato, a saber, una actitud psicológica. He hecho lo mismo con la coacción, que es en cierto sentido lo opuesto a la libertad, pero que es también una actitud psicológica, tanto de parte de aquellos que tratan de ejercerla como de los que se sienten reprimidos.

Apenas se puede negar que el estudio de las actitudes psicológicas revela diferencias y variaciones entre ellas, de manera que resulta difícil formular una teoría de la libertad unívoca, y consiguientemente lo mismo ocurre con una teoría de la coacción, cuando se pone en relación con los hechos recopilados. Esto significa que la gente que pertenece a un sistema político en el que se defiende y preserva la libertad para todos y cada uno contra la coacción no puede eludir cierto grado de represión, al menos en cuanto que su propia interpretación de la libertad, y por tanto también de la coacción, no coincida con la interpretación que prevalece en ese sistema.

Sin embargo, parece razonable pensar que estas interpretaciones del vulgo generalmente no difieren tanto como para condenar al fracaso cualquier intento de llegar a una teoría de la libertad política. Es lícito suponer que, al menos dentro del marco de una misma sociedad, las personas que pretenden imponer obligaciones a los otros, y los que tratan de impedir el ser coartados por otros, tienen aproximadamente la misma idea de lo que es la coacción. Se puede inferir por ello que su idea de lo que significa la falta de coacción será bastante similar, y ésta es una suposición muy importante para una teoría de la libertad considerada como ausencia de coacción, tal como la que se sugiere en este libro.

Para evitar malentendidos, hay que añadir que una teoría de la libertad como

ausencia de coacción, aunque pueda parecer paradójico, no predica la ausencia de coacción en todos los casos. Hay situaciones en las que la gente debe ser reprimida, si es que se desea conservar la libertad de los demás. Esto resulta obvio cuando hay que proteger a las personas contra los asesinos o los ladrones, pero no es tan claro cuando esta protección se relaciona con coacciones y, consiguientemente, con libertades más difíciles de definir.

Sin embargo, un estudio sereno de lo que está ocurriendo en la sociedad contemporánea no sólo revela que la coacción está inextricablemente unida a la libertad cuando se intenta proteger esta última, sino que también, por desgracia, según varias doctrinas, cuanto más aumenta la represión más crece la libertad. Si no me equivoco, esto no es sólo un malentendido evidente, sino también una circunstancia amenazadora para el destino de la libertad individual en nuestra época.

La gente, a menudo, cuando habla de «libertad» quiere decir tanto la ausencia de coacción como *algo más*; por ejemplo, como un distinguido juez americano acostumbraba a decir, «una seguridad económica suficiente para permitir a su poseedor el disfrute de una vida satisfactoria». Una misma persona, con frecuencia, no llega a comprender las posibles contradicciones que existen entre estos dos diferentes significados de la libertad y el hecho desagradable de que no se pueda adoptar el segundo sin sacrificar, hasta un cierto punto, el primero, y viceversa.Su idea sincretista de la libertad se basa simplemente en una confusión semántica. Otras personas, mientras defienden que hay que aumentar el grado de represión en la sociedad para aumentar la «libertad», pasan en silencio el hecho de que la «libertad» de la que hablan es únicamente la suya, mientras que la coacción que pretenden incrementar debe «libertad» que predican es sólo libertad de coaccionar a otras personas para que hagan lo que no harían nunca si fueran libres de elegir por sí mismas.

Hoy en día la libertad y la coacción dependen más y más de la legislación. La gente comprende en general plenamente la extraordinaria importancia de la tecnología en los cambios que están teniendo lugar en la sociedad contemporánea. En cambio, parecen no comprender tan fácilmente los cambios paralelos ocasionados por la legislación, a menudo sin ninguna conexión necesaria con la tecnología. Lo que aún parecen entender menos es que la importancia de estos últimos cambios en la sociedad contemporánea depende, a su vez, de una revolución silenciosa en las ideas actuales sobre la verdadera función de la legislación. De hecho, la creciente importancia de la legislación en casi todos los sistemas legales del mundo es probablemente la característica más notable de nuestra era, aparte del progreso tecnológico y científico. Mientras que en los países anglosajones el derecho consuetudinario y los tribunales ordinarios de justicia están perdiendo constantemente terreno frente a la ley estatutaria y las autoridades

administrativas, en los países continentales el derecho civil está sufriendo un proceso paralelo de sumersión como resultado de los miles de leyes que se acumulan cada año en las colecciones legislativas. Sólo sesenta años después de la aparición del Código Civil alemán, y poco después de un siglo y medio de la aprobación del Código de Napoleón, la simple idea de que el Derecho pudiera no ser idéntico a la legislación resulta extraña tanto a los estudiantes de leyes como a los legos.

La legislación parece ser hoy en día un remedio rápido, racional y de largo alcance contra todo tipo de mal o incomodidad, en comparación, por ejemplo, con las decisiones judiciales, la solución de las disputas por arbitraje privado, las convenciones, las costumbres y otros tipos similares de ajuste espontáneo entre los individuos. Un hecho que casi siempre permanece ignorado es que un remedio que se hace a través de la legislación puede resultar demasiado rápido para ser eficaz, demasiado amplio en su alcance para ser enteramente beneficioso, y estar demasiado directamente conectado con los puntos de vista e intereses fortuitos de un pequeño grupo de personas (los legisladores), quienes quiera que sean, para ser, de hecho, un remedio para todos aquellos a quienes concierne. Aunque se tenga en cuenta todo eso, la crítica se dirige por lo común contra leyes particulares más bien que contra la legislación como tal, y se busca una solución siempre a través de una ley «mejor» en vez de tratar de hallarla en algo enteramente diferente de la legislación.

Los defensores de la legislación —o, más bien, de la idea de la legislación como una panacea— justifican su total identificación con el derecho en la sociedad contemporánea señalando los cambios continuamente producidos por la tecnología. El desarrollo industrial, así nos dicen, trae consigo muchos y graves problemas que las sociedades más antiguas no estaban preparadas para resolver con su idea sobre el derecho.

Por mi parte, me permito decir que aún no poseemos pruebas de que todos estos nuevos problemas a los que se refieren estos defensores de una legislación desmesurada estén realmente producidos por la tecnología,[18] ni de que la sociedad contemporánea, con su concepto de la legislación como una panacea, esté mejor equipada para resolverlos que aquellas más antiguas sociedades que nunca identificaron tan rotundamente derecho y legislación.

Es preciso llamar la atención a todos los defensores de una legislación exagerada como supuesta parte necesaria del progreso científico y técnico de la sociedad contemporánea sobre el hecho de que el desarrollo de la ciencia y de la tecnología, por una parte, y el de la legislación, por otra, se basan respectivamente en dos ideas completamente distintas e incluso contradictorias. En realidad, el desarrollo de la ciencia y de la tecnología a comienzos de nuestra era moderna se hizo posible precisamente porque se adoptaron procedimientos que estaban totalmente en

desacuerdo con los que, normalmente, conducen a la legislación. La investigación científica y técnica precisó, y aún necesita, la iniciativa individual y la libertad individual para permitir que las conclusiones o resultados a los que llegan las personas, quizá contrarios a la autoridad, prevalezcan. La legislación, en cambio, es el punto terminal de un proceso en el que la autoridad prevalece siempre, a veces incluso contra la iniciativa y la libertad del individuo. Mientras que los resultados científicos y tecnológicos se deben siempre a unas minorías relativamente reducidas o a individuos particulares, a menudo, si no siempre, en oposición a las mayorías ignorantes o indiferentes, la legislación, sobre todo hoy, refleja siempre la voluntad de una mayoría eventual dentro de un comité de legisladores que no son necesariamente más cultos o ilustrados que los disidentes. Donde la autoridad y la mayoría prevalecen, como en la legislación, el individuo debe ceder, tengan ellos razón o no la tengan.

Otro rasgo característico de la legislación en la sociedad contemporánea (aparte de unos pocos ejemplos de democracia directa en comunidades políticas pequeñas, tales como las *Landsgemeinde* de Suiza) es que se supone que los legisladores *representan* a sus conciudadanos en el proceso legislativo. Sea cual fuere lo que esto signifique —y esto es lo que trataremos de descubrir en las páginas que siguen —, resulta obvio que la representación, como la legislación, es algo enteramente extraño a los procedimientos adoptados por el progreso científico y tecnológico. La mera idea de que un científico o un técnico hubieran de ser «representados» por otras personas en sus tareas de investigación científica o técnica aparece tan ridícula como la de que la investigación científica se encomendase no a individuos particulares que actúan como tales, incluso cuando colaboran en un equipo, sino a cualquier clase de comité legislativo habilitado para tomar decisiones por voto mayoritario.

Sin embargo, esta manera de adoptar decisiones, que sería rechazada en el terreno científico y tecnológico, se adopta más y más en todo lo que concierne a la ley. La situación resultante en la sociedad contemporánea es una especie de esquizofrenia que, lejos de ser denunciada, apenas si se ha empezado a notar.

La gente se comporta como si su necesidad de iniciativa individual y decisión individual estuvieran casi completamente satisfechas por el hecho de su acceso personal a los beneficios de los logros científicos y tecnológicos. En cambio, y de manera extraña, sus correspondientes necesidades de iniciativa y decisión individual en la esfera política y legal parecen satisfacerse mediante unos procedimientos ceremoniosos y casi mágicos, tales como las elecciones de «representantes », que se supone conocen por cierta inspiración misteriosa lo que sus electores desean en realidad y parecen estar capacitados para decidir de acuerdo con ello. Es cierto que, al menos en el mundo occidental, los individuos conservan aún la posibilidad de decidir y actuar como individuos en muchos aspectos: en el comercio (al menos

dentro de amplios límites), en su conversación, en sus relaciones personales y en otras muchas formas de trato social. Sin embargo, también parece que han aceptado en principio, de una vez y para siempre, un sistema por el cual un puñado de personas, a las que raramente conocen personalmente, están capacitadas para decidir lo que cada uno debe hacer, y ello dentro de unos límites muy vagamente definidos, o prácticamente sin límites.

Que los legisladores, al menos en el mundo occidental, se abstengan todavía de interferir en campos de actividad individual como la conversación o la elección del cónyuge para el matrimonio, o en el tipo particular de vestido o ropa a llevar, o en la manera de viajar, oculta por lo general el crudo hecho de que en realidad tienen el poder de interferir en cualquiera de estos terrenos. Otros países, que ofrecen ya una imagen totalmente diferente, revelan al mismo tiempo hasta qué punto los legisladores pueden llegar a este respecto. Por otra parte, cada vez menos gente parece comprender que, lo mismo que el lenguaje y la moda son el producto de la convergencia de acciones y decisiones espontáneas de un vasto número de individuos, también el derecho puede, teóricamente, ser un producto similar de convergencia en otros campos.

Hoy, el hecho de que no necesitemos confiar a otras personas la tarea de decidir, por ejemplo, cómo debemos hablar o cómo debemos pasar nuestro tiempo libre nos impide comprender que lo mismo debería ocurrir con muchas otras acciones y decisiones que tomamos en la esfera legal. Nuestra noción actual de la ley está básicamente afectada por la abrumadora importancia que concedemos a la función de la legislación, esto es, *a la voluntad de otras personas (quienes quiera que sean) en relación con nuestra conducta de todos los días.* En las páginas que siguen voy a tratar de poner en claro una de las consecuencias principales de nuestras ideas a este respecto. Actualmente estamos muy lejos de conseguir a través de la legislación la certeza ideal de la ley, en el sentido práctico que este ideal debería tener para cualquiera que deba planificar su futuro y conocer, por tanto, cuáles serán las consecuencias legales de sus decisiones. Si bien la legislación casi siempre es cierta, es decir, segura y reconocible en tanto y en cuanto está «vigente», la gente nunca podrá tener la seguridad de que la legislación hoy en día vigente también estará vigente mañana, incluso mañana por la mañana. El sistema legal centrado en la legislación no sólo implica la posibilidad de que otras personas (los legisladores) puedan interferir en nuestras acciones diarias, sino que también implica la posibilidad de que puedan cambiar su manera de interferir en esas actividades diarias. Como resultado, la gente no sólo se ve privada de decidir libremente lo que quiera hacer, sino incluso de prever los efectos legales de su conducta diaria.

Es innegable que hoy este resultado se debe tanto a una legislación exagerada como al enorme incremento de la actividad cuasi-legislativa o pseudolegislativa del gobierno, y no podemos menos de estar de acuerdo con escritores y eruditos como

James Burnham, de los Estados Unidos, el profesor G.W. Keeton, de Inglaterra, y el profesor F.A. Hayek, quienes, en los años recientes, se han quejado amargamente de la debilitación de los poderes legislativos tradicionales del Congreso en los EE UU o del Parlamento británico, a consecuencia del correspondiente incremento de las actividades cuasi-legislativas del poder ejecutivo. Sin embargo, no se puede perder de vista el hecho de que el creciente poder de los funcionarios gubernamentales se basa siempre en algún estatuto legal que les permite comportarse, a su vez, como legisladores, e interferir así, casi a su voluntad, en cualquier tipo de interés y actividad privados. La situación paradójica de nuestro tiempo es que estamos gobernados por hombres, no —como la teoría aristotélica clásica sostendría— porque no estamos gobernados por leyes, sino precisamente porque sí lo estamos. En esta situación sería de muy poca utilidad invocar la ley contra estos hombres. El mismo Maquiavelo habría sido incapaz de idear un artificio más ingenioso para dignificar la voluntad de un tirano que pretende ser un simple funcionario que actúa dentro de la estructura de un sistema perfectamente legal. Si se valora la libertad de elección y de decisión individual, no se puede eludir la conclusión de que debe haber algo que va mal dentro del sistema.

No pretendo que se descarte enteramente la legislación. Probablemente esto no ha ocurrido nunca en ningún país y en ninguna época. Sin embargo, lo que sí sostengo es que la legislación es verdaderamente incompatible con la iniciativa y la decisión individual cuando alcanza un límite que la sociedad contemporánea parece haber dejado atrás ya hace mucho.

Lo que sugiero seriamente es que a*quellos que valoran la libertad individual reafirmen el lugar del individuo dentro del sistema legal global.* Ya no se trata de defender esta o aquella libertad particular — comerciar, hablar, asociarse con otras personas, etc.—; tampoco se trata de decidir el tipo especial de legislación «buena» que deberíamos adoptar en vez de esta «mala». Lo que hay que decidir es si la libertad individual es compatible en principio con el sistema presente, centrado en la legislación e identificado casi completamente con ella. Esto puede parecer un punto de vista radical. No niego que lo sea. Pero los puntos de vista radicales son a veces más fecundos que las teorías sincretistas, que sirven para ocultar los problemas más bien que para solucionarlos.

Afortunadamente, no precisamos refugiarnos en la utopía para encontrar sistemas legales diferentes del presente. Tanto la historia romana como la inglesa nos enseñan, por ejemplo, una lección completamente distinta de la que predican los partidarios de la inflación legislativa de nuestro tiempo. Todo el mundo hace hoy ostentación de alabar a los romanos y a los ingleses por su sabiduría legal. Pero muy pocos comprenden, sin embargo, en qué consistía esta sabiduría; esto es, hasta qué punto estos sistemas eran independientes de la legislación en cuanto concernía a la vida común del pueblo y, consiguientemente, lo amplia que era la esfera de la

libertad individual, tanto en Roma como en Inglaterra, durante los siglos en que sus respectivos sistemas legales florecieron con más éxito. Y hasta puede preguntarse con qué objeto se sigue estudiando la historia del derecho romano y del derecho inglés, siendo así que la referida constitución de ambos sistemas jurídicos se ignora u olvida en tal medida.

Tanto los romanos como los ingleses compartieron la idea de que la ley es algo que se debe *descubrir* más bien que *promulgar*, y que nadie debe ser tan poderoso en su sociedad como para poder identificar su propia voluntad con la ley del país. La tarea de «descubrir» la ley se confió en esos países a los jurisconsultos y a los jueces, respectivamente; dos categorías de personas comparables, al menos hasta cierto punto, con los científicos expertos actuales. Este hecho sorprende aún más si consideramos que los magistrados romanos, por un lado, y el Parlamento británico, por el otro, tenían, y el último tiene todavía, en principio, casi un poder despótico sobre los ciudadanos.

Durante siglos, incluso en el continente, la tradición en materia jurídica estuvo muy lejos de gravitar en torno a la legislación. La adopción del *corpus juris* de Justiniano en los países continentales dio por resultado una actividad peculiar de los juristas, cuyo trabajo consistió una vez más en averiguar qué era la ley, y esto, en gran parte, independientemente de la voluntad de los soberanos de cada país. Así, el derecho continental se llamó, muy apropiadamente, «derecho de los juristas » (*Juristenrecht*) y nunca perdió este carácter, ni siquiera bajo los regímenes absolutistas que precedieron a la Revolución Francesa. Incluso la nueva era de la legislación a comienzos del siglo XIX se inició con la idea, muy modesta, de reafirmar y reformar el derecho de los juristas escribiéndolo de nuevo en los códigos, sin la menor intención de adulterarlo, aprovechándose de ellos. La legislación pretendía fundamentalmente ser una compilación de disposiciones existentes, y sus defensores solían insistir precisamente en sus ventajas de ser un resumen inequívoco y claro, en comparación con la masa bastante caótica de obras legales individuales producidas por los juristas. Como fenómeno paralelo, se adoptaron constituciones escritas en el continente, mayormente como una manera de poner sobre el papel todos aquellos principios que los jueces ingleses habían ido estableciendo poco a poco y que concernían a la constitución inglesa. En los países continentales del siglo XIX, tanto los códigos como las constituciones se concebían como medio para expresar la ley, en cuanto ésta era algo distinto de la voluntad fortuita de las personas que promulgaban esos códigos y constituciones. Mientras tanto, la creciente importancia de la legislación en los países anglosajones tenía básicamente la misma función, y correspondía a la misma idea, a saber: la de consignar por escrito y compilar el derecho existente, tal y como había sido elaborado por los tribunales a través de los siglos.

Hoy, tanto en los países anglosajones como en el continente, la imagen ha

cambiado casi completamente. La legislación ordinaria, e incluso las constituciones y los códigos, se presentan más y más como la expresión directa de la voluntad fortuita de quienes los promulgan, mientras que a menudo la idea subyacente es que su función consiste en expresar no lo que la ley es como resultado de un proceso secular, sino lo que *debería* ser como resultado de una manera completamente nueva de abordar el tema y de unas decisiones sin precedentes.

Mientras que el hombre de la calle se va acostumbrando a esta nueva significación de la legislación, se adapta también cada vez más a la idea de que ésta corresponde no a la voluntad «común», esto es, a una voluntad que se presume existe en todos los ciudadanos, sino a la expresión de la voluntad particular de ciertos individuos y grupos que han tenido la suerte suficiente de disfrutar de una mayoría contingente de legisladores que les han apoyado en el momento oportuno.

De esta manera, la legislación ha sufrido un desarrollo muy peculiar. Cada vez se parece más a una especie de *diktat* que las mayorías triunfadoras de las asambleas legislativas imponen a las minorías, a menudo con el resultado de trastornar expectativas individuales de tiempo establecidas y crear otras completamente nuevas y sin precedente. Las minorías derrotadas, a su vez, se adaptan a su derrota sólo porque esperan que, más pronto o más tarde, se convertirán a su vez en mayoría victoriosa y podrán tratar de una manera parecida a las personas que pertenecen a la mayoría fortuita de hoy. De hecho, las mayorías se pueden construir y deshacer en las asambleas siguiendo un procedimiento regular, que ciertos expertos americanos analizan actualmente de una manera metódica —método que los políticos americanos denominan *log-rolling*—, que podríamos designar como «tráfico de votos». Siempre que un grupo está representado insuficientemente en las cámaras para poder imponer su propia voluntad sobre otros grupos en desacuerdo recurre al tráfico de votos con el mayor número posible de grupos neutrales dentro de la asamblea, para poner a su «víctima» deseada en una situación minoritaria. Todo grupo «neutral» sobornado hoy está dispuesto a sobornar a su vez a otros grupos para imponer mañana su propia voluntad sobre futuras «víctimas». De esta manera, las mayorías cambian dentro de la asamblea, pero siempre hay «víctimas», porque siempre hay beneficiarios del sacrificio de estas «víctimas».

Por desgracia, no es ésta la única desventaja de la inflación actual del proceso legislativo. La legislación implica siempre una cierta coacción y una inevitable represión de los individuos sujetos a ella. El intento hecho en los últimos tiempos por algunos estudiosos para considerar las elecciones que los individuos hacen en su capacidad de miembros de un grupo facultado para decidir (tal como un distrito electoral o una asamblea), como equivalentes a las elecciones que los individuos hacen en otros campos de la acción humana (por ejemplo, en el mercado), no advierte que existe una diferencia fundamental entre estos dos tipos de elección.

Es totalmente cierto que tanto la elección individual en el mercado como las

elecciones hechas por individuos como miembros de un grupo dependen en cuanto a su éxito de las conductas de otras gentes. Por ejemplo, nadie puede comprar si no hay nadie que venda. Sin embargo, los individuos que hacen sus elecciones en el mercado son siempre libres de repudiar lo que han elegido, parcial o totalmente, siempre que no les guste el posible resultado de ello. Aunque esto pueda parecer poca cosa, incluso esta posibilidad se les niega a los individuos que pueden elegir como miembros de un grupo, sea éste un distrito electoral, una asamblea u otro. Lo que la parte ganadora del grupo decide está destinado a ser decidido por el grupo en sí; los mismos perdedores, a menos que abandonen el grupo, no tienen ni siquiera la libertad de rechazar el resultado de una elección cuando no les agrada.

Los defensores de la inflación legislativa pueden mantener que éste es un mal inevitable si los grupos han de decidir, y si sus decisiones han de hacerse efectivas. La alternativa sería desintegrar los grupos en un número cada vez mayor de fracciones reducidas, y finalmente diluirlos hasta el individuo. De esta forma, los grupos ya no podrían actuar como unidades. Así, la pérdida de la libertad individual es el precio pagado por los supuestos beneficios que se reciben de los grupos cuando actúan como unidades.

No niego que las decisiones de grupo a menudo sólo se pueden alcanzar a costa de la pérdida de la libertad individual de elegir y, por lo tanto, a costa de la pérdida de la libertad de rechazar el hacer una elección. Lo que quiero señalar es que las decisiones de grupo, en realidad, compensan ese sacrificio con mucha menor frecuencia de lo que pudiera parecer a un observador superficial.

El empleo de la legislación en lugar de la aplicación espontánea de normas de conducta no legisladas sólo puede defenderse si se prueba que estas últimas son inciertas o insuficientes o que originan algún daño que la legislación podría evitar, al mismo tiempo que conserva las ventajas del sistema anterior. Los legisladores contemporáneos ni siquiera piensan en esta premisa preliminar. Por el contrario, parecen creer que la legislación siempre es buena en sí misma, y que la prueba de lo contrario incumbe a quienes no están de acuerdo con esto. Considero que la afirmación de que una ley (incluso una ley mala) es mejor que nada debería contar con fundamentos más evidentes.

Por otra parte, sólo si comprendemos plenamente el grado de coacción que deriva del simple proceso de legislación estaremos en condiciones de decidir hasta qué punto deberíamos seguir introduciendo un proceso legislativo, si al mismo tiempo deseamos preservar la libertad individual.

Parece incuestionable que, basándonos en esto, deberíamos rechazar el recurso a la legislación *siempre que se use meramente como un medio de someter a minorías y tratarlas como a perdedores*. También parece innegable que deberíamos desechar el proceso legislativo *siempre que sea posible que los individuos implicados*

alcancen sus objetivos sin depender de la decisión de un grupo y sin constreñir lo mas mínimo a otras personas para que hagan lo que nunca harían sin esa coacción. Finalmente, parece totalmente obvio que, *siempre que surja alguna duda sobre la conveniencia del proceso legislativo, en comparación con cualquier otro tipo de proceso que tenga por objeto la determinación de las normas de nuestra conducta, la adopción de dicho proceso legislativo debería ser resultado de un examen muy cuidadoso.*

Si sometiéramos la legislación existente al tipo de prueba que propongo aquí, me pregunto si sería mucho lo que sobreviviría de ella. Una cuestión completamente distinta es determinar cómo se podría llevar a cabo esa prueba. No afirmo que sería fácil realizarla. Obviamente, hay demasiados intereses creados y prejuicios dispuestos a defender la hipertrofia del proceso legislativo en la sociedad contemporánea. Sin embargo, si no me equivoco, todos nos enfrentaremos más pronto o más tarde con el problema de un resultado final que no parece prometer otra cosa que un malestar perpetuo y una opresión general.

Un principio muy antiguo parece haber sido violado en la sociedad contemporánea, principio ya enunciado en los Evangelios y, mucho antes, en la filosofía de Confucio: «No hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti.» No conozco ninguna otra afirmación de la filosofía moderna de la libertad tan sucinta como ésta. Quizá pueda parecer insípida en comparación con las sofisticadas fórmulas, a veces arropadas en oscuros símbolos matemáticos, que, aparentemente, gustan hoy tanto en el campo de la economía y en la ciencia política. Sin embargo, el principio de Confucio parece ser todavía aplicable para la restauración y la preservación de la libertad individual en el momento presente.

Ciertamente, la tarea de averiguar qué es lo que la gente no quisiera que los otros le hagan, no es fácil. Sin embargo, parece ser relativamente más fácil que determinar lo que las personas quisieran hacer por sí mismas o en colaboración con otros. La voluntad común, concebida como la voluntad común a todos y a cada uno de los miembros de una sociedad, es mucho más fácilmente averiguable, en lo que se refiere a su contenido, con el método «negativo» patentizado por el principio de Confucio que con cualquier otro procedimiento «positivo». Nadie negaría que un estudio sobre cualquier grupo, realizado con el objeto de determinar qué es lo que sus miembros no quieren sufrir como resultado de la acción directa de otras gentes sobre ellos, proporcionaría unos resultados más claros y exactos que cualquier investigación relacionada con sus deseos en otros aspectos. De hecho, la célebre regla de «defensa propia» propuesta por John Stuart Mill no sólo se puede reducir al principio de Confucio, sino que, más aún, sólo resulta verdaderamente aplicable cuando se reduce a él, ya que nadie podría decidir efectivamente lo que daña o no daña a cualquier individuo particular en una sociedad dada sin basarse, en último término, en el juicio de cada uno de los miembros de dicha sociedad. Todos ellos

tienen que definir lo que es perjudicial, y esto, de hecho, no es otra cosa que lo que cada uno de ellos quisiera que no le hicieran los demás. Ahora bien, la experiencia demuestra que, en cierto sentido, no hay minorías en ningún grupo en lo que se refiere a toda una serie de cosas «que no deberían hacerse». Incluso las personas que pudieran estar dispuestas a hacer esas cosas a los demás admiten que no quieren que se les hagan a ellas.

Señalar esta verdad tan sencilla no es lo mismo que decir que no existen diferencias entre un grupo o una sociedad y otra en este sentido, y aún menos que cualquier grupo o sociedad mantenga siempre los mismos sentimientos y convicciones durante toda su historia. Sin embargo, ningún historicismo o relativismo podrá impedirnos reconocer que, en cualquier sociedad, los sentimientos y las convicciones relacionados con las acciones que no deberían hacerse son mucho más homogéneos y mucho más fácilmente identificables que cualquier otro tipo de sentimientos y convicciones. La legislación destinada a proteger a las personas contra lo que no quieren que otras gentes les hagan tiene más probabilidades de ser fácilmente determinada y más probabilidades de tener éxito que cualquier otro tipo de legislación basada en otros deseos «positivos» de esos mismos individuos. De hecho, tales deseos no sólo son generalmente mucho menos homogéneos y compatibles unos con otros que los «negativos», sino que a menudo resulta muy difícil reconocerlos.

Ciertamente, como algunos teóricos subrayan, «siempre hay alguna interrelación entre la maquinaria estatal que produce los cambios legislativos y la opinión social de la comunidad en la que dichos cambios han de operar».[19] El único problema es que esta relación puede significar muy poco a la hora de poner de manifiesto la «opinión social de la comunidad» (sea cual fuere lo que esto pueda significar) y aún menos al expresar las opiniones verdaderas de las personas implicadas. En muchos casos, no hay eso que se llama «opinión social», y no existe ninguna razón convincente para dignificar como «opinión social» las opiniones privadas de grupos e individuos que, contingentemente, se encuentran en la situación de poder promulgar la ley en estos casos, a menudo a expensas de otros grupos e individuos.

Sostener que la legislación es «necesaria» siempre que otros medios fracasan al intentar «descubrir» la opinión de la gente a la que la cuestión concierne sería solamente otra manera de esquivar la solución del problema. Si fallan otros medios, esto no es una razón para inferir que la legislación no lo hace. O bien suponemos que no existe ninguna «opinión social» sobre esa cuestión o bien que existe, pero es muy difícil de descubrir. En el primer caso, el introducir la legislación implica que ésta es una buena alternativa a la falta de una «opinión social»; en el segundo caso, el introducir la legislación supone que los legisladores conocen cómo descubrir esa «opinión social», indescubrible por los demás métodos. Sea cual fuere el caso, una u otra de esas suposiciones debería comprobarse cuidadosamente antes de introducir

la legislación, pero resulta demasiado patente que nadie intenta hacerlo, y menos aún los legisladores. La conveniencia o incluso la necesidad de la alternativa (esto es, de la legislación) parece que simplemente se da por supuesta, incluso por teóricos que deberían estar mejor informados. Les encanta afirmar que «lo que alguna vez se pudo considerar como una ley más o menos técnica de juristas, hoy puede constituir una materia de política económica o social urgente», esto es de regulaciones estatutarias.[20] No obstante, tanto la manera de determinar lo que es «urgente» como los criterios requeridos para decidir su urgencia, incluso la correspondiente referencia a la «opinión social», permanecen sumidos en la oscuridad, mientras que se acepta *a priori* simplemente la posibilidad de alcanzar una conclusión satisfactoria por medio de un estatuto. Parece como si fuera únicamente cuestión de promulgar un estatuto, y que eso es todo.

De la razonable presunción de que no hay ninguna sociedad basada exactamente en el mismo tipo de convicciones que las demás, y que, además, muchas convicciones y sentimientos no se pueden identificar fácilmente dentro de una misma sociedad, los actuales defensores de la inflación legislativa sacan la peregrina conclusión de que debe prescindirse de lo que las personas reales decidan o no decidan y reemplazarlo por lo que cualquier grupo de legisladores pueda casualmente decidir por sí en un momento dado.

De esta manera, la legislación se concibe como un medio seguro de introducir homogeneidad donde no la había y normas donde no existían. Así, la legislación parece ser «racional», o, como dijera Max Weber, «uno de los componentes característicos de un proceso de racionalización... que penetra en todas las esferas de la acción comunitaria». Pero, como el mismo Weber se cuidó bien de hacer notar, con la extensión de la legislación y la amenaza de coacción que la mantiene sólo se puede conseguir un éxito limitado. Esto se debe no sólo al hecho de que, como Weber también señaló, «los métodos más drásticos de coacción y castigo están destinados a fracasar, mientras los sujetos mantengan una posición recalcitrante», y que «el poder de la ley sobre la conducta económica tiene, en muchos aspectos, una influencia menor en comparación con las condiciones de otros tiempos». La legislación puede tener, y de hecho hoy en muchos casos tiene, un efecto negativo sobre la misma eficacia de las normas y sobre la homogeneidad de los sentimientos y las convicciones dominantes en una sociedad dada. La legislación puede, deliberada o accidentalmente, destruir la homogeneidad al eliminar normas establecidas y hacer nulos convenios y acuerdos existentes que, hasta entonces, se aceptaron y se mantuvieron voluntariamente. Aún más destructivo es el hecho de que la misma posibilidad de hacer nulos acuerdos y convenciones a través de una legislación superpuesta, a largo plazo, tiende a inducir a la gente a que no confíe ya en ninguna convención existente y a que no acepte ningún acuerdo hasta entonces mantenido. Por otra parte, el continuo cambio de las normas determinado por una legislación hipertrofiada impide que ésta reemplace con éxito y

de una manera duradera al conjunto de normas no legislativas (usos, convenciones, acuerdos) que resultan destruidos en el proceso. Lo que se pudo juzgar que era un proceso «racional» resulta ser al final contraproducente.

Este hecho no se puede ignorar diciendo simplemente que la idea de una esfera «limitada» de normas estatales «ha perdido actualmente su validez y significación en la sociedad recientemente industrializada y articulada de nuestro tiempo».[21]

Bien puede decirse que la lamentación de von Savigny a comienzos del último siglo sobre la tendencia hacia la codificación y la legislación escrita en general parece haberse desvanecido entre las brumas de la historia. Se puede también observar que, a comienzos del presente siglo, un destino similar parece haberse abatido sobre la confianza que Eugen Ehrlich depositó en «la ley viva del pueblo», frente a la legislación promulgada por los «representantes» del pueblo. Y, no obstante, no sólo las críticas de Savigny y de Ehrlich a la legislación continúan sin ser refutadas hoy, sino que los serios problemas que ellos plantearon en su tiempo, lejos de haber sido eliminados en el nuestro, están demostrando ser más y más difíciles de resolver, e incluso de ser ignorados. Esto se debe ciertamente, entre otras cosas, a la convencional fe que hoy se deposita en las virtudes de la democracia «representativa», pese al hecho de que la «representación» parece ser un proceso bastante dudoso, incluso para aquellos expertos en política que no llegan tan lejos como para afirmar con Schumpeter que la democracia representativa actual es una «ficción». Esta fe puede hacer imposible que nos apercibamos de que cuanto más numeroso es el pueblo a quien se «intenta » representar mediante el proceso legislativo, y cuanto más numerosas son las cuestiones en las que se intenta representarlo, tanto menor es la significación de la palabra «representación» en relación con la verdadera voluntad del pueblo, que no es precisamente la de las personas nombradas como sus «representantes».

La demostración —hecha ya a comienzos de los años 20 por economistas tales como Max Weber, B. Brutzkus y, más completamente, por el profesor Ludwig von Mises— de que una economía centralizada, dirigida por un comité de directores que eluden los precios del mercado y prescinden de ellos, no puede funcionar, ya que los directores no pueden saber, sin la continua revelación del propio mercado, cuál sería la demanda o la oferta, no ha sido hasta ahora refutada por ningún argumento aceptable opuesto por sus adversarios, tales como Oscar Lange, Fred M. Taylor, H.D. Dickinson y otros defensores de la solución pseudocompetitiva del problema. Esa demostración puede verdaderamente considerarse como la contribución más importante y duradera hecha por los economistas a la causa de la libertad individual en nuestro tiempo. *Sin embargo, sus conclusiones se pueden considerar únicamente como un caso especial de una concepción más general, según la cual ningún legislador podría establecer por sí mismo, sin algún tipo de colaboración continua por parte de todo el pueblo involucrado, las normas que*

regulen la conducta de cada uno en esa perpetua cadena de relaciones que todos tenemos con todos. No hay encuesta de opinión pública, referéndum o consulta que verdaderamente pongan a los legisladores en una posición que les capacite para determinar estas normas, como tampoco ninguno de estos procedimientos podría proporcionar a los directores de una economía planificada la posibilidad de descubrir la oferta y la demanda total de todos los bienes y servicios. La conducta de la gente se está adaptando continuamente a las condiciones cambiantes. Además, no hay que confundir la verdadera conducta con la expresión de opiniones tales como las que emergen de una encuesta de opinión pública o de investigaciones similares, como tampoco se puede confundir la expresión verbal de los deseos o anhelos con la «verdadera » demanda del mercado.

La conclusión inevitable es que, para devolver a la palabra «representación » su significado original y razonable, debería haber una reducción drástica en el número de los «representados» o en el de las cuestiones en relación con las que se supone están representados, o en los dos.

No obstante, es difícil admitir que una reducción en el número de los representados fuera compatible con la libertad individual, si suponemos que están autorizados para expresar su propia voluntad, al menos en tanto que electores. Por otra parte, una reducción en el número de las cuestiones en relación con las que la gente debe ser representada da lugar, evidentemente, a un incremento correspondiente en el número de cuestiones en relación con las que las personas pueden tomar decisiones libres, como individuos, sin que se les «represente» en modo alguno. *Esta última reducción parece, por tanto, ser el único camino abierto a la libertad individual en el momento presente.* No digo que los que están acostumbrados a aprovechar el proceso de representación, bien sea como representantes o como miembros de grupos representados, perderán algo con esta reducción. Sin embargo, es evidente que también ganarán mucho de ello en todos aquellos casos en los que resultarían ser ellos las «víctimas» de un proceso legislativo sin trabas. El resultado sería, en último término, tan favorable para la causa de la libertad individual como, según Hobbes, lo es para todos los seres humanos el que se les impida interferir en la vida y en la propiedad de los otros, para que así puedan salir de ese penoso estado que describe como «la guerra de todos contra todos».

De hecho, con lo que nos enfrentamos hoy a menudo es nada menos que con una posible *guerra legal de todos contra todos,* llevada a cabo con las armas de la legislación y la representación. La alternativa sólo puede ser un estado de cosas en el que esa guerra legal no pueda ya tener lugar, o al menos no tan amplia y peligrosamente como la que nos amenaza hoy.

Por supuesto, la simple reducción del área cubierta hoy por la legislación no resolvería del todo el problema de la organización jurídica de nuestra sociedad en

cuanto a la conservación de la libertad individual, como tampoco nuestra legislación actual resuelve ese problema suprimiendo esa libertad paso a paso.

Los usos, las reglas tácitas, las implicaciones de las convenciones, los criterios generales que se relacionan con las soluciones adecuadas de problemas legales particulares, y también con los posibles cambios en las opiniones de la gente en un momento dado y en la base material de esas opiniones, todo eso está aún por descubrir. Muy bien puede decirse que éste es un proceso de una dificultad innegable, a veces penoso, y muy a menudo largo. Así ha sido siempre. Según la experiencia de nuestros antepasados, la manera usual de hacer frente a esta dificultad —como ya hemos señalado— no sólo en los países anglosajones, sino en todas partes en Occidente, fue confiar ese proceso a personas especialmente entrenadas, tales como abogados o jueces. La verdadera naturaleza de la actividad de estas personas, y el ámbito de su iniciativa personal para encontrar soluciones legales, son aún cuestiones abiertas. No se puede negar que los abogados y los jueces son hombres como los demás y que sus recursos son limitados; tampoco puede negarse que pueden estar sujetos a la tentación de proyectar su propia voluntad personal, en lugar de adoptar la actitud imparcial de un científico, siempre que el caso es oscuro y concierne de alguna manera a sus convicciones más íntimas. Además, también se podría decir que la actividad de este tipo de *honoratiores* en la sociedad contemporánea está tan poco justificada en la realidad como la de los legisladores, en cuanto se refiere a la verdadera interpretación de la voluntad del pueblo.

Sin embargo, la posición de los abogados y jueces en los países occidentales, como la de otros *honoratiores* de sociedades similares en el pasado, es fundamentalmente diferente de la de los legisladores, al menos en tres aspectos muy importantes. Primero, los jueces y abogados, u otros que ocupen una posición similar, intervienen sólo cuando algunas de las personas afectadas se lo piden, y su decisión, al menos en cuestiones civiles, se hace efectiva sólo a través de una continua colaboración de las mismas partes y dentro de sus límites. En segundo lugar, en general, la decisión de los jueces se hará efectiva fundamentalmente en relación con las partes en litigio, y sólo ocasionalmente afectará a terceras personas, y prácticamente nunca a la gente que no tiene ninguna conexión con las partes litigantes. En tercer lugar, estas decisiones de los jueces y abogados muy raramente se toman sin referirse a decisiones de otros jueces y abogados tomadas en casos similares, lo que significa que existe una colaboración indirecta con todas las partes afectadas por el mismo problema en el pasado y en el presente. Esto significa que los autores de tales decisiones no tienen verdaderamente poder sobre los otros ciudadanos, aparte del que esos mismos ciudadanos estén dispuestos a darles cuando les someten la decisión de un caso particular.

Además, esto quiere decir también que este poder se encuentra limitado por la

inevitable referencia de cada decisión a otros fallos emitidos en casos similares por otros jueces. [22] Finalmente, quiere decir que todo el proceso se puede describir como una especie de vasta, continua y fundamentalmente espontánea colaboración entre los jueces y los juzgados, para descubrir cuál es la voluntad del pueblo en una serie de asuntos definidos; colaboración que, en muchos aspectos, se puede comparar a la que existe entre todos los participantes de un mercado libre.

Si contrastamos la posición de los jueces y abogados con la de los legisladores en la sociedad contemporánea, fácilmente comprenderemos cuánto más poder retienen estos últimos sobre los ciudadanos y cuánto menos certero, imparcial y digno de confianza es su intento, si lo hay, de «interpretar» la voluntad de las personas.

En este sentido, un sistema jurídico centrado en la legislación se parece a su vez —como ya lo hemos notado— a una economía centralizada en la que todas las decisiones relevantes las toma un puñado de directores, cuyo conocimiento de la situación global es necesariamente limitado y cuyo respeto, si existe, por los deseos del pueblo está sujeto a esa limitación.

Los títulos solemnes, las ceremonias pomposas, el entusiasmo de las masas que aplauden no pueden ocultar el crudo hecho de que tanto los legisladores como los directores de una economía centralizada son sólo individuos particulares, como usted y yo, que ignoran el 99 por 100 de lo que está ocurriendo a su alrededor, en todo lo que se refiere a las verdaderas transacciones, acuerdos, actitudes, sentimientos y convicciones del pueblo. Una de las paradojas de nuestra era es el continuo retroceso de la fe religiosa tradicional ante el avance de la ciencia y la tecnología, bajo la exigencia implícita de una actitud fría y sobria y de un razonamiento desapasionado, y *un retroceso no menos continuo de esa misma actitud y razonamiento en todo lo que se refiere a las cuestiones jurídicas y políticas.* La mitología de nuestra época no es religiosa, sino política, y sus principales mitos parecen ser la «representación » del pueblo, por una parte, y por otra la pretensión carismática de los líderes políticos de estar en posesión de la verdad y actuar de acuerdo con ello.

Es también paradójico que los mismos economistas que apoyan el mercado libre no parecen preocuparse por averiguar si éste puede verdaderamente perdurar dentro de un sistema jurídico centrado en la legislación. El hecho es que los economistas muy raramente son abogados, y viceversa, y esto probablemente explica por qué los sistemas económicos y los sistemas jurídicos se analizan por lo general separadamente y sólo raramente se ponen en relación unos con otros. Esta es probablemente la razón de que no se tenga en la debida cuenta la estricta relación entre la economía de mercado y un sistema jurídico centrado en los jueces y/o abogados en vez de en la legislación, mientras que la igualmente estricta relación entre una economía planificada y la legislación resulta demasiado patente para ser ignorada por los expertos y la gente en general.

Si no me equivoco, *hay más que una simple analogía entre la economía de mercado y un sistema jurídico basado en los jueces y abogados, de la misma manera que hay mucho más que una analogía entre una economía planificada y la legislación.* Si se tiene en cuenta que la economía de mercado tuvo su mayor éxito, tanto en Roma como en los países anglosajones, en el marco de un derecho de jurisconsultos y de un derecho judiciario, respectivamente, parece lógico deducir que ello no fue una simple coincidencia.

Todo esto no significa, por supuesto, que la legislación no sea útil —aparte de aquellos casos en los que se trata de determinar lo que «no debiera hacerse» según los sentimientos y convicciones generalmente compartidos por la gente— en casos donde pueda existir un interés generalizado en poseer algunas normas definidas de conducta, aun cuando las personas afectadas no hayan llegado aún a una conclusión sobre el contenido de esas normas. Es bien sabido que la gente, a veces, prefiere tener alguna norma que no tener ninguna. Esto puede ocurrir en diversos casos fortuitos. La misma necesidad de alguna norma definida es probablemente la razón por la que, como Karl Hildebrand dijo de las normas legales de la Roma antigua, o como Eugen Ehrlich dijo del *corpus juris* de Justiniano, en la Edad Media, la gente parece inclinarse a veces a aceptar una regla bastante rígida, o anticuada, o insatisfactoria por cualquier motivo, mientras no encuentra otra más apropiada.

El problema de nuestro tiempo, sin embargo, parece ser justamente el contrario: no el de contentarse con normas inadecuadas por una escasez básica y una verdadera «hambre de normas», sino el de liberarse de toda una serie de normas perjudiciales o al menos inútiles, por un exceso y, por decirlo así, un empacho indigerible de ellas. Por otro lado, no se puede negar que la jurisprudencia o el derecho de los juristas pueden tender a adquirir las características de la legislación, incluso su parte indeseable, cuando los juristas o los jueces pueden decidir de una vez y para siempre un caso. Algo así parece haber ocurrido durante el período posclásico del derecho romano, cuando los emperadores confirieron a ciertos jurisconsultos el poder de emitir opiniones legales (*jus respondendi*) que, en último término, llegaron a obligar a los jueces en ciertas circunstancias. En nuestro tiempo, el mecanismo de la administración de justicia, en ciertos países donde existen «cortes supremas», da por resultado la imposición de las opiniones personales de los miembros de estos tribunales, o de una mayoría de ellos, sobre todas las demás personas afectadas, siempre que se dé una gran discrepancia entre las ideas de los primeros y las convicciones de los últimos. No obstante, como intentaré poner de relieve en el último capítulo de este libro, esta posibilidad, lejos de estar implicada necesariamente en la naturaleza de la jurisprudencia o del derecho de los juristas, es más bien una desviación de ella y, en cierto modo, en sus más altos niveles, un elemento contradictorio del proceso legislativo, bajo la engañosa etiqueta de jurisprudencia o derecho de los juristas. Pero esta desviación se puede evitar, y no

constituye por tanto un obstáculo insuperable para llevar a cabo satisfactoriamente la función judicial de determinar cuál es la voluntad del pueblo. Después de todo, se pueden efectuar controles y contrapesos en la esfera asignada al ejercicio de la función judicial; es decir, en sus más altos niveles, de la misma manera que se aplican a las diversas funciones y poderes de nuestra sociedad política.

Es preciso hacer una observación final. Voy a tratar aquí sobre todo de principios generales. No ofrezco soluciones particulares para problemas particulares. Sin embargo, estoy convencido de que estas soluciones se podrán encontrar de acuerdo con los principios generales que he propuesto mucho más fácilmente que con otros.

Por otra parte, ningún principio abstracto resultará efectivo por sí mismo; las personas deben hacer siempre algo para que resulte efectivo. Esto se aplica tanto a los principios que he propuesto en este libro como a cualquier otro. No pretendo cambiar el mundo, sino únicamente someter algunas ideas modestas que, si no estoy equivocado, merecen ser consideradas con atención y honradez antes de concluir, como hacen los defensores de la legislación hipertrófica, que no se pueden cambiar las cosas y que la situación actual, si no es la mejor, es la respuesta inevitable a las necesidades de la sociedad contemporánea.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo I

¿Qué libertad?

Abraham Lincoln, en un discurso pronunciado en Baltimore en 1864, reconoció la dificultad de definir la «libertad» y el hecho de que la guerra civil entre el Norte y el Sur estaba basada, en cierto sentido, en un equívoco relacionado con esta palabra. «El mundo», dijo, «nunca ha tenido una buena definición de la palabra *libertad*... Utilizamos la misma palabra, pero no queremos decir la misma cosa.»[23]

Realmente, no es fácil definir la «libertad», ni captar completamente la importancia que ello tiene. Si queremos definir la «libertad», primero debemos decidir el propósito de nuestra definición. Una manera «realista » de abordar el problema elimina la dificultad preliminar: «libertad» es algo que está simplemente «ahí», y la única cuestión es encontrar las palabras adecuadas para describirlo.

Un ejemplo de definición «realista» de libertad es la que da lord Acton al comienzo de su *Historia de la Libertad*. «Por libertad entiendo la seguridad de que todo hombre tendrá la protección que necesite para hacer lo que cree que es su deber frente a la influencia de la autoridad y de las mayorías, de la costumbre y de la opinión.»

Muchos críticos dirían que no hay ninguna razón para llamar «libertad » sólo a la

seguridad de que todo hombre estará protegido para hacer lo que cree que es su *deber*, y no, por ejemplo, su *derecho*, o su *placer*; tampoco hay razones para decir que esta protección debería asegurarse sólo contra mayorías, o la autoridad, y no contra minorías o ciudadanos individuales.

En realidad, cuando lord Acton, en Bridgenorth, en 1887, pronunció su famosa serie de conferencias sobre la historia de la libertad, el respeto conferido a las minorías religiosas por las autoridades inglesas y por la mayoría de los ingleses continuaba siendo uno de los temas de discusión más importantes de la vida política de la época victoriana en el Reino Unido. Con la abolición de leyes discriminatorias, como la *Corporation Act* de 1661 y la *Test Act* de 1673, y con la admisión, en 1870, de los protestantes disidentes y de los católicos (los papistas, como eran denominados) en las universidades de Oxford y Cambridge, las llamadas iglesias libres acababan de ganar una batalla que había durado dos siglos. Anteriormente, estas universidades habían estado abiertas sólo a los estudiantes que pertenecían a la iglesia reformada de Inglaterra. Lord Acton, como es sabido, era católico, y por esta razón no había podido, contra su voluntad, entrar en Cambridge. La «libertad» que tenía en mente era la que Franklin Delano Roosevelt, en el más famoso de sus slogans, denominó «libertad de religión». Lord Acton, como católico, pertenecía a una minoría religiosa en un momento en que el respeto hacia las minorías religiosas en Inglaterra comenzaba a prevalecer frente a la hostilidad de las mayorías anglicanas y frente a decretos de la autoridad jurídica, como, por ejemplo, la *Corporation Act*. Así, lo que quería decir con «libertad» era libertad religiosa. Muy probablemente, esto mismo era también lo que los miembros de las iglesias libres en el Reino Unido y muchas otras personas de la era victoriana entendían por «libertad», término entonces ampliamente relacionado, entre otras cosas, con tecnicismos legales como la *Corporation Act o la Test Act*. Pero lo que lord Acton hizo en sus conferencias fue presentar esta idea de «libertad» como libertad *tout court*.

Esto sucede frecuentemente. La historia de las ideas políticas ofrece muchas definiciones semejantes a la de lord Acton.

Un planteamiento más riguroso del problema de definir la «libertad» exigiría una investigación preliminar. «Libertad» es, ante todo, una palabra. No diré que sea *solamente* una palabra, como sostienen varios representantes de la escuela analítica contemporánea, en lo que ellos mismos califican como revolución filosófica. Los pensadores que empiezan afirmando que algo es simplemente una palabra, para concluir que no es más que una palabra, me recuerdan el dicho de que no se debe tirar al niño con el agua de la bañera.

No obstante, el simple hecho de que «libertad» sea ante todo una palabra requiere, creo, algunas observaciones preliminares de tipo lingüístico.

El análisis lingüístico ha recibido una atención creciente en ciertas esferas, especialmente después de la segunda guerra mundial, pero aún no es muy popular. A muchos no les gusta o les tiene sin cuidado. Las personas instruidas que no se dedican a cuestiones filosóficas o filológicas tienden a considerarlo más o menos como una ocupación inútil. Tampoco nos puede animar mucho el ejemplo de la filosofía analítica actual. Después de enfocar su atención sobre problemas lingüísticos, convirtiéndolos en centro de sus investigaciones, parece inclinarse a destruir por completo, en vez de analizarlo, el propio significado de las palabras que pertenecen al vocabulario de la política. Además, el análisis lingüístico no es fácil. Pero creo que resulta particularmente necesario en estos tiempos de confusión semántica.

Cuando pretendemos definir o simplemente designar lo que generalmente se denomina una cosa «material», nos resulta relativamente fácil que nuestros interlocutores nos comprendan. Si surge cualquier duda sobre el significado de nuestras palabras, es suficiente para eliminar el equívoco señalar simplemente la cosa que estamos denominando o definiendo. Así, dos palabras diferentes que se refieren a una misma cosa y que utilizamos respectivamente nosotros y nuestro interlocutor, podría probarse que son equivalentes. Podríamos sustituir la una por la otra, ya hablemos el mismo lenguaje los dos (como ocurre en el caso de los sinónimos) o diferentes lenguajes (como hacemos en el caso de una traducción).

Este simple método de señalar cosas materiales es la base de toda conversación entre personas que hablan lenguajes diferentes, o las que hablan un lenguaje y las que aún no lo hacen: por ejemplo, los niños. Esto es lo que hizo posible que los primeros exploradores europeos se hicieran comprender por los habitantes de otras partes del mundo, y lo que hace posible que miles de turistas americanos contemporáneos pasen sus vacaciones, por ejemplo, en Italia sin saber una sola palabra de italiano. A pesar de su ignorancia, los camareros, taxistas y porteros italianos les entienden perfectamente en muchos menesteres prácticos. El factor común en toda conversación es la posibilidad de señalar las cosas materiales, tales como el alimento, el equipaje, etc. Ciertamente, no resulta siempre posible señalar las cosas materiales a que nos referimos con nuestras palabras. Sin embargo, siempre que dos palabras diferentes se refieren a cosas materiales, resultan fácilmente intercambiables. Los naturalistas se ponen fácilmente de acuerdo sobre el empleo de palabras que designan fenómenos recientemente descubiertos. De ordinario, eligen términos griegos o latinos, y su método tiene éxito, ya que cualquier duda se puede evitar señalando los fenómenos que se designan con dichas palabras.

Esto nos recuerda la sabiduría de la réplica que un viejo pedagogo de la escuela de Confucio dio a su discípulo celestial, un emperador chino muy joven a quien su profesor había preguntado el nombre de ciertos animales que encontraron mientras

paseaban por el campo. El joven emperador replicó: «Son ovejas.» «El hijo del cielo tiene toda la razón» —dijo el pedagogo cortésmente—; «debo añadir solamente que a este tipo de ovejas se les suele llamar cerdos.»

Por desgracia, resulta mucho más difícil definir las cosas que no son materiales, sobre todo si nuestro interlocutor no conoce el significado de la palabra que usamos. En tal caso, no le podemos señalar ningún objeto material. La manera de entendernos cada uno de nosotros es totalmente distinta, y resulta necesario recurrir a otros sistemas para descubrir algún factor común, si lo hay, entre nuestro lenguaje y el suyo. Aunque este hecho parece banal y evidente en sí mismo, no se hace notar, o al menos no se recalca suficientemente, cuando se reflexiona sobre el uso de nuestro lenguaje. Estamos tan acostumbrados a nuestros vocabularios, que olvidamos la importancia que damos a poder señalar cosas cuando iniciamos nuestro proceso de aprendizaje. Nos inclinamos a pensar nuestros progresos lingüísticos, fundamentalmente, en términos de definiciones que hemos leído simplemente en un libro. Por otra parte, dado que muchas de estas definiciones se refieren a cosas materiales, nos comportamos a menudo como si las cosas no materiales estuvieran simplemente «ahí» y como si la cuestión se redujera a asociarlas a una definición verbal.

Esto explica ciertas tendencias metafísicas entre aquellos antiguos filósofos griegos que se ocuparon de las cosas inmateriales —de la justicia, por ejemplo— como si fueran similares a las cosas visibles, materiales. También explica ciertos intentos más recientes de definir la «ley» o el «Estado» como si se tratara de entidades similares al sol o a la luna. Como el profesor Glanville Williams señala en su ensayo sobre las controversias relativas a la palabra «ley», el jurista inglés John Austin, el célebre fundador de la jurisprudencia, sostenía que su definición de «ley» correspondía a «una definición correcta de la ley», sin dudar lo más mínimo que existiera una cosa tal como «una definición correcta de la ley». Hoy en día, una idea bastante parecida a la de Austin ha sido propuesta por el conocido profesor Hans Kelsen, que en su *Teoría general del Derecho y del Estado* (1947) alardeó, y todavía lo hace, de haber descubierto que lo que «se llama propiamente» el «Estado» no es sino el orden jurídico.

La ingenua creencia de que las cosas no materiales se pueden definir fácilmente termina bruscamente tan pronto como intentamos traducir, por ejemplo, al italiano, al francés o al español, términos jurídicos tales como «trust», «equity» o «common law». En todos estos casos, no sólo somos incapaces de señalar cualquier cosa material que pudiera permitir a un italiano, a un francés o a un español entender lo que queremos decir, sino que ni siquiera podemos encontrar un diccionario italiano, francés o español que nos dé las palabras correspondientes en estos idiomas. Así, notamos que algo se ha perdido al pasar de un lenguaje al otro. En realidad, no se ha perdido nada. El problema es que ni los franceses, ni los italianos, ni los

españoles tienen exactamente los mismos conceptos que denotan las palabras inglesas «trust», «equity» y «common law». En cierto sentido, «trust», «equity» y «common law» son entidades, pero como ni los americanos ni los ingleses pueden señalarlas simplemente a un francés, a un italiano o a un español, es difícil que éstos puedan entenderles en una cuestión tal.

Este hecho es lo que hace casi imposible traducir un libro de derecho inglés o americano al alemán o al italiano. Muchas palabras no se podrían traducir a los correspondientes términos del otro idioma, ya que éstos simplemente no existen. En lugar de una traducción, sería necesario recurrir a una explicación larga, engorrosa y complicada del origen histórico de muchas instituciones, de su manera actual de funcionar en los países anglosajones y de la función análoga de instituciones similares, si las hay, en la Europa continental. A su vez, los europeos no podrían señalar a los americanos o a los ingleses nada material para indicarles un *conseil d'état*, una *préfecture*, una *cour de cassation*, una *corte costituzionale*, o cosas parecidas.

Estas palabras, a menudo, están tan firmemente radicadas en un determinado ambiente histórico, que no podemos encontrar términos correspondientes en los lenguajes de otros ambientes.

Naturalmente, los especialistas de derecho comparado han intentado muchas veces establecer un puente entre las tradiciones jurídicas europea y anglosajona. Así, existe un ensayo muy reciente, contenido en la *Bibliographical Guide to the Law of the United Kingdom*, publicada por el London Institute of Advanced Legal Studies y destinada fundamentalmente a estudiantes extranjeros, esto es, a los que se ocupan del «derecho civil». Sin embargo, un ensayo no es un diccionario, y esto es precisamente lo que quiero hacer observar.

Así, la ignorancia recíproca es el resultado de la existencia de instituciones distintas en países diferentes, y la ignorancia histórica es el resultado de los cambios institucionales dentro de un mismo país. Como nos recuerda sir Carleton Kemp Allen en su libro *Aspects of Justice* (1958), casi todos los informes ingleses sobre casuística medieval resultan hoy sencillamente imposibles de leer, no sólo porque están escritos —como dice agudamente— en «latín macarrónico» y «francés gabacho », sino también porque los ingleses (y todas las demás personas) no tienen hoy esas instituciones.

Desgraciadamente, ésta no es la única dificultad derivada del hecho de no poder señalar cosas materiales a la hora de definir los conceptos jurídicos. Palabras que aparentemente tienen el mismo sonido, pueden poseer significados completamente diferentes según el momento y el lugar.

Esto sucede a menudo con términos no técnicos o palabras que originariamente tuvieron un empleo técnico, pero que se han introducido en el lenguaje de cada día

con cierta negligencia, sin que se preste mayor atención a su sentido técnico, o incluso sin reconocerlo. Si resulta desafortunado que palabras estrictamente técnicas, tales como las que pertenecen, por ejemplo, al lenguaje jurídico, no se puedan traducir a palabras correspondientes de otros idiomas, aún es más lamentable que términos no técnicos o semitécnicos se puedan traducir demasiado fácilmente por otras palabras del mismo idioma, o en términos emparentados de otros idiomas que tengan un sonido similar. En el primer caso, se crea una confusión entre palabras que, en realidad, no son sinónimas, mientras que en el último caso las personas que hablan diferentes idiomas creen que el significado que asignan a una palabra de su lenguaje corresponde a un significado diferente que otra persona atribuye a un término aparentemente similar en el suyo.

Muchas palabras que pertenecen tanto al lenguaje de la economía como al de la política son típicas a este respecto. El filósofo alemán Hegel dijo una vez que cualquier persona puede juzgar de la conveniencia de una institución jurídica, aun sin ser abogado, lo mismo que cualquiera, aunque no sea zapatero, puede decir si un par de zapatos es adecuado o no para sus pies. No parece que esto pueda aplicarse a *todas* las instituciones jurídicas. Pocas personas dudan verdaderamente o se muestran inquisitivas acerca del alcance de instituciones jurídicas tales como los contratos, los medios de prueba, etc. Sin embargo, mucha gente cree que las instituciones políticas y económicas son cosa suya. Sugieren, por ejemplo, que los gobiernos deben adoptar o rechazar esta o la otra política, para, por decirlo así, enderezar la situación económica de un país o modificar los términos del comercio internacional.

Todas estas personas hacen uso de lo que llamamos «lenguaje ordinario », que comprende muchas palabras que originalmente pertenecieron a vocabularios técnicos tales como el jurídico o el económico. Estos lenguajes utilizan las palabras de una manera definida y carente de ambigüedad. Sin embargo, tan pronto como estos términos técnicos se introducen en el lenguaje ordinario, rápidamente se convierten en palabras *no-técnicas* o *semitécnicas* (utilizo el término «semi» lo mismo que en la expresión «semicocido»), porque nadie se molesta en tener en cuenta su significado original en los lenguajes técnicos, o en precisar para ellas un nuevo significado en el lenguaje ordinario.

Cuando, por ejemplo, las personas hablan de «inflación» en América, habitualmente dan a entender un aumento de precios. Sin embargo, hasta hace muy poco, la gente quería decir normalmente con «inflación» (y en Italia todavía siguen queriendo significar esto mismo) un aumento en la cantidad de dinero circulante en el país. Así, la confusión semántica que puede surgir a consecuencia del uso ambiguo de esta palabra, originalmente técnica, arranca amargas lamentaciones de los economistas que, como el profesor Ludwig von Mises, mantienen que el aumento de los precios es una consecuencia del incremento de la cantidad de dinero

circulante en el país. El empleo de la misma palabra «inflación» para significar cosas diferentes lo consideran estos economistas como una tendencia a confundir la causa con sus efectos y adoptar un remedio incorrecto.

Otro ejemplo notable de una confusión parecida lo ofrece el uso contemporáneo de la palabra «democracia» en diversos países y por gentes distintas. Este término pertenece al lenguaje de la política y de la historia de las instituciones políticas. Sin embargo, también pertenece al lenguaje ordinario, y ésta es la razón por la que, en el momento presente, se aprecia un elevado grado de confusión entre la gente, que utiliza esa misma palabra con significados totalmente distintos; por ejemplo, el hombre de la calle en América y los gobernantes rusos.

Me atrevo a sugerir que una razón especial de por qué los significados de las palabras semitécnicas tienden a confundirse, es que dentro de los lenguajes técnicos (tales como el de la política) el significado de estas palabras estaba conectado originalmente con otros términos técnicos, que a menudo no han llegado a introducirse en el lenguaje ordinario, por el simple motivo de que no se podían traducir a él fácilmente, o en manera alguna. Así se han perdido aplicaciones que proporcionaban al empleo original de una palabra un significado inequívoco.

«Democracia», por ejemplo, era una palabra que pertenecía al lenguaje de la política en Grecia en el tiempo de Pericles. No podemos comprender su significación sin referirnos a términos técnicos tales como *polis, demos, ecclesía, isonomía*, etc., de la misma manera que no podemos entender el significado de la «democracia» suiza contemporánea sin referirnos a términos técnicos tales como *Landsgemeinde, referendum*, etc. Observemos que palabras como *ecclesía, polis, Landsgemeinde y referendum* generalmente se citan en otros idiomas sin intentar traducirlas, ya que no existen términos satisfactorios para ello.

Los términos semitécnicos o no técnicos, al carecer de su conexión original con otras palabras técnicas, a menudo van al garete en el lenguaje ordinario. Su significado puede cambiar según las personas que los utilicen, aunque su sonido sea siempre el mismo. Para hacer las cosas aún más difíciles, significados distintos de una misma palabra pueden resultar mutuamente incompatibles en ciertos respectos, y ésta es una causa continua no sólo de malentendidos, sino incluso de disputas verbales, o aún peor.

Las cuestiones políticas y económicas son las víctimas principales de esta confusión semántica, cuando, por ejemplo, diversos tipos de conducta implicados por distintos significados de una misma palabra resultan ser mutuamente incompatibles, y se intenta conceder a todos ellos un lugar en el mismo sistema jurídico y político.

No pretendo que esta confusión, que es una de las características más obvias de la historia de los países occidentales en el momento presente, sea sólo semántica,

pero sí que es también semántica. Hombres como Ludwig von Mises y F. A. Hayek han señalado en diversas ocasiones la necesidad de que no sólo los economistas sino también los científicos políticos acaben con las confusiones semánticas. Es muy importante que la gente instruida colabore en la eliminación de la confusión semántica en el lenguaje de la política tanto como en el lenguaje de la economía. Por supuesto, esta confusión, como lo reconoce francamente el profesor Mises, no siempre es fortuita, sino que corresponde en muchos casos a ciertos planes malévolos de personas que pretenden explotar el sonido familiar de palabras favoritas tales como «democracia » para convencer a otros de que adopten nuevas formas de comportamiento.[24]

Sin embargo, esta no es, probablemente, la única explicación de un fenómeno complejo que se manifiesta por todo el mundo.

Leibniz dijo en alguna ocasión que nuestra civilización se ve amenazada por el hecho de que, después de la invención de la imprenta, se escriban y difundan demasiados libros y se lean en cambio demasiado pocos, con el probable resultado de que el mundo se vea inmerso en una nueva era de barbarie.

De hecho, muchos escritores, principalmente filósofos, han contribuido grandemente a la confusión semántica. Algunos han utilizado palabras tomadas del lenguaje ordinario adjudicándoles significados estrambóticos. Muchas veces, ni siquiera se han molestado en aclarar lo que verdaderamente querían decir cuando empleaban una palabra, o han dado definiciones bastante arbitrarias, muy distintas de las que aparecían en los diccionarios, pero que se aceptaban sin más por sus lectores y discípulos. Esta práctica ha contribuido, al menos hasta cierto punto, a la confusión de los significados que prevalecen en el lenguaje ordinario.

En muchos casos, estas definiciones, que pretendían ser más exactas y profundas que las habituales, se presentaban simplemente como el resultado de una investigación sobre la naturaleza de la «cosa» misteriosa que los escritores pretendían definir. Dadas las conexiones entre los temas éticos y políticos, por una parte, y entre los económicos y éticos, por otra, algunos filósofos han contribuido, más o menos conscientemente, a aumentar el ya enorme volumen de la confusión semántica y de las contradicciones entre los distintos significados de los términos en el lenguaje ordinario de hoy.

Todo lo que acabo de decir se aplica perfectamente a la palabra *freedom* (libertad) y a su sinónimo latino *liberty*, así como a ciertos términos derivados, tales como «liberal» y «liberalismo».

No es posible señalar ninguna «cosa» material cuando nos referimos a *freedom* en el lenguaje ordinario, o en los lenguajes técnicos de la economía y de la política a los que pertenece esta palabra. Además, este término posee distintas acepciones según los ambientes históricos en los que se ha utilizado, tanto en el lenguaje

ordinario como en el técnico de la política y de la economía. Por ejemplo, no podemos comprender el significado de la palabra latina *libertas* sin hacer referencia a palabras técnicas del lenguaje romano de la política, como *res publica o jus civitatis*, o a otros términos técnicos tales como *manus* (que designaba el poder de los *patres familias* sobre sus mujeres, hijos, esclavos, tierra, bienes muebles, etc.) o *manumissio*, que designaba el acto legal —o más bien la ceremonia legal— por el que un esclavo cambiaba su estado y se convertía en *libertus*. Por otro lado, no podemos comprender el significado de *freedom* en el lenguaje de la política de la Inglaterra moderna, sin referirnos a términos técnicos como *habeas corpus o rule of law*, que, a lo que entiendo, nunca se han podido traducir exactamente a otros idiomas.

A pesar de sus implicaciones técnicas, el término «libertad» entró muy pronto en los lenguajes ordinarios de los países occidentales. Esto suponía, más pronto o más tarde, una desconexión del término con otras palabras técnicas que pertenecían al lenguaje jurídico o político de estos países. Finalmente, en el último siglo, la palabra «libertad» parece haber comenzado a flotar a la deriva (como dice un autor contemporáneo). Diversas personas han introducido cambios semánticos a su placer en distintos sitios. Los filósofos han propuesto distintos significados que difieren de los ya aceptados en los lenguajes ordinarios occidentales. Gentes astutas han intentado explotar las connotaciones favorables de esta palabra para persuadir a otros a cambiar sus maneras de comportarse por otras, a veces contradictorias. El confusionismo ha ido aumentando y agravándose conforme los distintos usos de la palabra «libertad » en filosofía, economía, política, moral, etc., se han hecho más numerosos y serios.

La misma palabra *free* (libre), para usar un ejemplo trivial, en su empleo en el lenguaje inglés ordinario, puede corresponderse o no con la palabra española *libre*, o la italiana *libero*. Desde luego, los italianos y los españoles otorgan a este término acepciones que corresponden a las de los ingleses y americanos, por ejemplo, cuando se dice que los negros americanos quedaron «libres» —esto es, dejaron de estar sujetos a la esclavitud— después de la Guerra Civil. Sin embargo, ni los españoles ni los italianos utilizan jamás *libre*o *libero* de la misma manera que los ingleses y los americanos emplean *free* para significar, por ejemplo, algo gratuito.

Se ha hecho habitual, especialmente en los tiempos modernos, hablar de la libertad como de uno de los principios básicos de un buen sistema político. El significado de «libertad», tal como se usa para definir, o simplemente para denominar, este principio, no es lo mismo en absoluto en el lenguaje ordinario de cada país. Cuando, por ejemplo, el coronel Nasser o el *fellagha* argelino hablan hoy de sus «libertades» o de la «libertad» de sus países, se refieren a algo totalmente diferente de lo que los padres fundadores pretendían en la declaración de independencia y en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana. No

todos los americanos están dispuestos a reconocer este hecho. No puedo estar de acuerdo con escritores como Chester Bowles, que aparentemente mantiene, en su libro *New Dimensions of Peace* (Londres 1956), que a este respecto no hay apenas diferencia, si la hay, entre la actitud política de los colonos ingleses en las colonias americanas de la Corona británica y la de pueblos como los africanos, los indios o los chinos, que preconizan ahora la «libertad» de sus respectivos países.

Los sistemas políticos inglés y americano se han imitado hasta cierto punto, y aún se imitan en muchos aspectos, por todos los pueblos del mundo. Las naciones europeas han inventado algunas imitaciones bien parecidas de estos sistemas, lo que se debe en parte al hecho de que su historia y su civilización eran, hasta cierto punto, similares a las de las gentes de habla inglesa. Muchos países europeos, imitados ahora a su vez por sus antiguas colonias por todo el mundo, han introducido en sus sistemas políticos algo similar al Parlamento inglés o a la Constitución americana, y se creen que disfrutan de una «libertad» política del mismo tipo que la que los ingleses o los americanos tienen o tuvieron en el pasado. Por desgracia, incluso en naciones que, como Italia, se precian de representar la más antigua civilización europea, «libertad», como principio político, significa algo distinto de lo que sería si verdaderamente estuviera conectada, como lo está tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, con la institución del *habeas corpus* o con las diez primeras enmiendas a la Constitución americana. Las normas pueden aparentar ser casi iguales, pero no funcionan de la misma manera. Ni los ciudadanos ni los funcionarios las interpretan como lo hacen los ingleses y los americanos, y la práctica que al final resulta es bastante distinta en muchos aspectos.

No puedo encontrar un ejemplo mejor de lo que quiero decir que el hecho de que en Inglaterra y en los Estados Unidos los casos criminales deben ser resueltos —y de hecho lo son— por un «juicio público rápido» (tal como lo exige la VI Enmienda de la Constitución americana). En otros países, incluso Italia, pese a leyes tales como ciertos artículos especiales (por ejemplo, el 272) del Código de Procedimiento Penal italiano, que contienen disposiciones sobre las personas sospechosas de un crimen y mantenidas en prisión a la espera de un juicio, un hombre que deba responder de una causa criminal puede estar en prisión hasta uno o dos años. Si, finalmente, resulta culpable y se le condena, puede ocurrir que haya que ponerle libre inmediatamente, por haber cumplido ya en prisión todo el tiempo de su sentencia. Naturalmente, si resulta no culpable, nadie le puede restituir los años que ha perdido en la cárcel. A veces se dice que en Italia hay pocos jueces, y que la organización de los tribunales no es quizá tan eficiente como debiera, pero lo cierto es que la opinión pública no está suficientemente alerta y activa para denunciar estos defectos del sistema judicial, cuya incompatibilidad con el principio de libertad política no resalta tan claramente como ocurriría para la opinión pública en Inglaterra o en los Estados Unidos.

«Libertad», por tanto, como término que designa un principio político general, puede tener significados sólo aparentemente similares en diferentes sistemas políticos. Debe señalarse también que este término puede poseer acepciones diferentes e implicaciones distintas en momentos distintos de la historia de un mismo sistema jurídico, y, lo que es aún más sorprendente, que puede tener distintos significados en un mismo momento y en un mismo sistema bajo diversas circunstancias y para personas diferentes.

Un ejemplo del primer caso lo proporciona la historia del reclutamiento militar en los países anglosajones. Hasta hace relativamente poco tiempo, el alistamiento militar, al menos en tiempo de paz, se consideraba por parte del pueblo inglés y americano como incompatible con la libertad política. Por otro lado, los europeos continentales, como por ejemplo los franceses y los alemanes (o los italianos, a partir de la segunda mitad del siglo XIX), consideraban como algo casi incontrovertible que había que aceptar el alistamiento militar como característica necesaria de sus sistemas políticos, sin molestarse siquiera en reflexionar si estos últimos, pese a ese sistema de reclutamiento, podrían aún llamarse «libres». Mi padre —que era italiano— solía contarme que cuando marchó a Inglaterra por primera vez en 1912, preguntó a sus amigos ingleses cómo es que no existía alistamiento militar, en un momento en que se enfrentaban con el hecho de que Alemania se había convertido en un poder militar temible. Siempre recibió la misma respuesta orgullosa: «Porque somos un pueblo libre.» Si mi padre pudiera volver a visitar a los ingleses o americanos otra vez, el hombre de la calle no le diría que, como hoy existe un reclutamiento militar, esos países ya no son «libres». El significado de la libertad política en estas naciones ha cambiado durante este tiempo. Debido a esos cambios, estrechas asociaciones que antes se aceptaban por sí mismas se han perdido ahora, y surgen contradicciones que a los técnicos les resultan bastante extrañas, pero que otras personas aceptan inconscientemente, o incluso de buen grado, como ingredientes naturales de su sistema político o económico.

Los poderes jurídicos sin precedente que se han conferido hoy a ciertos sindicatos en los Estados Unidos y en el Reino Unido constituyen un buen ejemplo de lo que pretendo significar por «contradicciones» en este sentido. En el lenguaje utilizado por el presidente del Tribunal Supremo de Irlanda del Norte, Lord MacDermott, en sus *Hamlin Lectures* (1957), la «Trade Disputes Act» de 1906 «puso al sindicalismo en la posición privilegiada de la que la Corona británica había disfrutado hasta diez años antes en relación con los actos injustos cometidos en su nombre».

Esta ley otorgaba protección a una serie de actos cometidos en cumplimiento de un acuerdo o coalición por dos o más personas, con miras a fomentar un desacuerdo laboral que, anteriormente, había sido siempre punible —por ejemplo, actos que inducen a la ruptura de un contrato de servicio o interfieren en el comercio, los

negocios, o el empleo de otra persona, o en el derecho de otra persona a disponer de su capital o de su trabajo tal como desee. Como lord MacDermott señala, es ésta una disposición muy amplia que puede utilizarse para cubrir actos realizados fuera de la cuestión comercial o laboral implicada, y que, inevitablemente, originarán pérdidas o gravámenes a intereses que no han tenido parte en la disputa. Otro decreto, el de sindicatos de 1913, derogado por un nuevo decreto sobre disputas laborales y sindicalismo en 1927, pero restablecido en su integridad por el decreto de disputas laborales y sindicalismo de 1946, al volver el partido laborista al poder, daba a los sindicatos británicos un enorme poder político sobre sus miembros y sobre la vida política global del país, al autorizarles a invertir el dinero de sus miembros para fines no directamente relacionados con el comercio, y sin necesidad de consultar siquiera a los miembros sobre lo que ellos realmente querían que se hiciera con su dinero.

Antes de la aprobación de estos decretos sindicales, era indudable que el significado de la «libertad» política en Inglaterra estaba conectado con una adecuada protección, por parte de la ley, frente a cualquier coacción, para que todo el mundo pudiera disponer de su capital o de su trabajo como quisiera. Desde la promulgación de estos decretos, en Gran Bretaña no hay ya protección contra nadie a este respecto, y es indudable que este hecho ha introducido una notable contradicción en el sistema en lo que se refiere a la libertad y su significado. Hoy en día, un ciudadano de las Islas Británicas es «libre» de disponer de su capital y de su trabajo cuando trata con individuos independientes, pero no cuando trata con personas que pertenecen a sindicatos o actúan representando los intereses de éstos.

En los Estados Unidos, en virtud del decreto Adamson de 1916, como escribe Orval Watts en su brillante estudio sobre el monopolio sindical, el gobierno federal recurrió por primera vez a su poder policial para hacer lo que los sindicatos, probablemente, «no hubieran podido llevar a cabo a no ser tras una lucha larga y costosa». El subsiguiente decreto Norris-La Guardia de 1932, en cierto sentido el equivalente americano del decreto sindical inglés de 1906, restringió la capacidad de los jueces federales para echar mano del interdicto en las disputas laborales. Los interdictos, en la ley americana e inglesa, son mandamientos judiciales que prohíben a ciertas personas hacer ciertas cosas que darían lugar a una pérdida que, más tarde, no podría remediarse por ningún pleito por daños y perjuicios. Como Watts indicaba, «los interdictos no tienen fuerza de ley. Simplemente, aplican principios legales ya contenidos en los Estatutos, y los sindicatos de trabajadores a menudo los utilizan para sus fines contra los patronos y contra sindicatos rivales». Originariamente, los interdictos los solían emitir los jueces federales en favor de los patronos, siempre que un gran número de personas de escasos recursos pudieran causar daños con un propósito injusto y mediante actos injustos, tales como la destrucción de la propiedad. Los tribunales americanos acostumbraban a actuar de una manera similar a la de los ingleses antes de 1906. El decreto inglés de 1906 se

ideó como un «remedio» en pro de los sindicatos laborales y contra las decisiones de los tribunales ingleses, lo mismo que el decreto Norris-La Guardia de 1932 pretendía defender a los sindicatos contra los mandamientos de los tribunales americanos. A primera vista, se podría pensar que tanto los tribunales americanos como los ingleses estaban predispuestos contra los sindicatos. Así lo creían muchos en los Estados Unidos y en Inglaterra. De hecho, los tribunales adoptaron frente a los sindicatos sólo los mismos principios que todavía aplican a otras personas que conspiran, por ejemplo, para dañar la propiedad. Los jueces no podían admitir que los mismos principios destinados a proteger a las personas de cualquier coacción por otros pudieran ser desatendidos cuando esos otros fueran funcionarios de los sindicatos o miembros de los mismos. El término «libertad de coacción» poseía para los jueces un significado técnico obvio que explicaba el empleo de los interdictos para proteger a los patronos, como a cualquier otra persona, de la coacción de otros.

Sin embargo, una vez promulgado el decreto Norris-La Guardia, todo el mundo en este país continuó siendo «libre» de la coacción de los demás, excepto en aquellos casos en que funcionarios o miembros sindicales decidieran forzar a los patronos a aceptar sus demandas, amenazándoles o incluso causándoles daños. Así, la expresión «libertad de coacción», en el caso particular de los interdictos, ha cambiado su significado en América no menos que en Inglaterra desde la aprobación del decreto Norris-La Guardia americano en 1932 y del decreto de disputas laborales inglés de 1906. El americano decreto Wagner sobre relaciones laborales empeoró aún más las cosas en 1935, no sólo porque limitó todavía más la acepción de «libertad» para los ciudadanos que eran patronos, sino porque además cambió de una manera franca el significado de la palabra «interferencia», y así introdujo una confusión semántica que merece ser citada en cualquier estudio lingüístico sobre la «libertad». Como Watts ha observado, «nadie debería interferir en las actividades legítimas de los demás, siempre que interferir signifique el uso de coacción, fraude, intimidación, restricción o abuso verbal. Por tanto, un obrero asalariado no interfiere en los propietarios de la General Motors si se va a trabajar para la Chrysler. Sin embargo, como señala Watts en su ensayo, no podría decirse que no interfiere si aplicáramos a su conducta los criterios utilizados por el decreto Wagner para determinar cuándo «interfiere» un patrono en las actividades sindicales de los empleados; si, por ejemplo, prefiere contratar empleados no sindicados a sindicados. Así, de este empleo de la palabra «interferencia», el extraordinario resultado semántico es que mientras las personas sindicadas no interfieren cuando fuerzan a los patronos a aceptar sus demandas, mediante actos injustos, los patronos interfieren cuando no fuerzan a nadie a hacer nada.[25]

Esto nos recuerda algunas definiciones extrañas, tales como la ofrecida por Proudhon («la propiedad es un robo»), y también nos hace venir a la memoria la historia de Akaki Akakievitch, en la famosa narración de Gogol *El abrigo*, en la que un ladrón priva a un pobre hombre de su gabán diciendo «me has robado mi

gabán». Si consideramos las conexiones que el término «libertad» tiene en el lenguaje ordinario con la palabra «interferencia», podemos hacernos una buena idea de hasta qué punto un cambio tal como el que hemos apreciado puede afectar a la acepción de la palabra «libertad».

Si indagamos cuál es verdaderamente el significado de «libertad de coacción» en unos sistemas políticos y jurídicos actuales como el americano o el inglés, nos enfrentamos con tremendas dificultades. Para ser sinceros, debemos decir que hay más de un significado jurídico de «libertad de coacción», según sea la persona coaccionada.

Muy probablemente esta situación está relacionada con un cambio semántico que los grandes grupos de presión y propaganda han promovido últimamente y siguen promoviendo por todo el mundo, en el sentido que al término «libertad» se da en el lenguaje ordinario. El profesor Mises tiene razón cuando dice que los defensores del totalitarismo contemporáneo han intentado invertir el significado de la palabra «libertad» (tal como se aceptaba antes, más o menos generalmente, en la civilización occidental) al aplicarla a la situación de los individuos bajo un sistema en el que no tienen ningún otro derecho que no sea el de obedecer órdenes.

Esta revolución semántica está probablemente relacionada a su vez con las especulaciones de ciertos filósofos que se complacen en definir la libertad, contrariamente a todas sus acepciones habituales en el lenguaje ordinario, como algo que implica una coacción. Así, Bosanquet, discípulo inglés de Hegel, en su *Philosophical Theory of the State*, afirmó que «se puede hablar, sin contradicción, de que se está forzado a ser libre». Estoy de acuerdo con Maurice Cranston cuando sugiere, en un ensayo sobre el tema, que esas definiciones de la libertad se basan fundamentalmente en una teoría del «hombre dividido», es decir, del hombre como «unidad cuerpo-alma», que es simultáneamente racional e «irracional». En esas condiciones, la libertad implicaría una especie de coacción ejercida por la parte racional del hombre sobre la parte irracional. Pero, a menudo, estas teorías están muy asociadas a la idea de una coacción que sería aplicada físicamente por personas que se califican a sí mismas de «racionales», en favor de, pero también en último término contra la voluntad de, supuestas gentes «irracionales». Las teorías de Platón constituyen para mí el ejemplo más claro en relación con esto. Su noción filosófica del hombre dividido está estrechamente ligada a su idea política de una sociedad en la que los hombres racionales deberían gobernar a los demás, incluso, si fuere necesario, sin tener en cuenta el consentimiento de estos últimos —como hacen los cirujanos, dice, que cortan y queman sin prestar atención a los gritos de sus pacientes.

Todas estas dificultades a las que me he referido nos advierten que no podemos utilizar la palabra «libertad» y esperar que se nos comprenda bien, si no hemos definido en primer lugar, con toda claridad, el significado que prestamos a este

término. El método realista de definir la «libertad» no puede tener éxito. No existe una «libertad» independiente de las personas que hablan de ella. En otras palabras, no podemos definir la «libertad» de la misma manera que definimos un objeto material al que cualquiera puede señalar.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo II

Libertad y coacción

Un modo más cauteloso de abordar el problema de definir la «libertad» que el realista que acabamos de rechazar implicaría una investigación preliminar acerca de la naturaleza y el propósito de tal definición. Es costumbre distinguir entre definiciones «convenidas» y «lexicográficas». Ambas describen el significado que se atribuye a una palabra. La primera, sin embargo, se refiere a una acepción que el autor de la definición propone se adopte para el término en cuestión, mientras que la segunda se refiere al significado que la gente común da a esa palabra en su uso normal.

A partir de la segunda guerra mundial ha surgido una nueva tendencia en la filosofía lingüística. Ésta reconoce la existencia de lenguajes cuyo propósito no es sólo descriptivo, o incluso no es en absoluto descriptivo, lenguajes que la escuela del llamado círculo de Viena hubiera condenado como totalmente incorrectos o inútiles. Los partidarios de este nuevo movimiento reconocen la validez de los lenguajes no descriptivos (llamados a veces «persuasivos»). La finalidad de una definición persuasiva no es describir cosas, sino modificar el significado tradicional de palabras que tienen una connotación favorable, para inducir a la gente a adoptar ciertas creencias o ciertas formas de conducta. Es evidente que pueden inventarse, y de hecho se han inventado, ciertas definiciones de la «libertad» con el objeto de inducir a ciertas personas, por ejemplo, a obedecer las órdenes de un gobernante. La formulación de este tipo de definiciones persuasivas no sería trabajo adecuado para un erudito. De otra parte, éste está en su derecho para hacer definiciones convenidas de «libertad». De esa manera podrá además eludir la acusación de utilizar definiciones equívocas con el propósito de engañar y librarse de la necesidad de elaborar una definición lexicográfica, cuyas dificultades son patentes dada la multiplicidad, antes mencionada, de las acepciones que actualmente se dan al término «libertad».

Las definiciones convenidas pueden aparentemente ser, a una mirada superficial, una solución del problema. La convención parece que depende de nosotros, o como máximo también de un interlocutor que se pone de acuerdo con nosotros acerca de lo que queremos definir. Cuando los partidarios de la escuela lingüística hablan de definiciones convenidas, resaltan la arbitrariedad de este tipo de formulaciones. Esto

se hace patente, por ejemplo, en el entusiasmo con que los defensores de las definiciones convenidas citan una autoridad que no es en realidad un filósofo, por lo menos un filósofo oficial. Este caballero tan a menudo citado es Lewis Carroll, el brillante autor de *Alicia en el país de las maravillas y de A través del espejo*, que describe los imposibles y sofisticados tipos que Alicia va encontrando en sus viajes. Uno de éstos, Humpty Dumpty, hacía que las palabras significasen lo que él deseaba que significasen, y por añadidura les pagaba una especie de salario por su servicio.

«Cuando utilizo una palabra», dijo Humpty Dumpty de una manera un tanto despectiva, «significa precisamente lo que yo quiero, ni más ni menos.»

«La cuestión es», dijo Alicia, «si puedes hacer que las palabras signifiquen cosas tan distintas.»

«La cuestión es», dijo Humpty Dumpty, «quién es el amo, esto es todo.»[26]

Los filósofos analíticos, cuando hablan de definiciones convenidas, piensan sobre todo en las de la lógica o la matemática, ya que ahí parece que todo el mundo puede empezar cuando y por donde quiera, siempre que defina con precisión los términos que emplea en sus razonamientos. Sin entrar en las complicadas cuestiones relacionadas con la naturaleza de los procedimientos matemáticos o lógicos, nos sentimos, no obstante, obligados a advertir seriamente del peligro de confundir estos procedimientos con los de la gente que habla de cuestiones tales como la «libertad». Un triángulo es ciertamente un concepto, esto es cierto, aunque este concepto sea sólo eso o sea algo más, por ejemplo, un objeto de experiencia, de intuición, etc. La «libertad», aunque se presente como un concepto, es también aquello en lo que muchas personas creen como en una razón para vivir, algo de lo que dicen están dispuestas a luchar para conseguirlo, de lo que afirman que no pueden vivir sin ello. No creo que nadie quiera combatir por triángulos. Acaso unos pocos matemáticos. Sin embargo, muchos afirman que lucharán por la libertad, de la misma manera que declaran que lucharán por un trozo de tierra o para proteger la vida de los seres queridos.

Esto no pretende ser un panegírico de la libertad. Los hechos a los que nos referimos se pueden comprobar fácilmente en los documentos históricos de muchos países y se pueden observar en la vida diaria. El hecho de que haya gente dispuesta a pelear por lo que llaman su «libertad» se relaciona con el hecho de que esas mismas personas dicen también que han «conservado», «perdido» o «recuperado» su «libertad», mientras que nunca dicen que hayan «conservado», «perdido» o «recuperado » triángulos u otros conceptos geométricos similares. Por otra parte, es cierto que no se puede mostrar la «libertad»; no es una cosa material. Aun cuando la consideráramos como una cosa material, la «libertad » no podría ser lo mismo para todo el mundo, puesto que hay diferentes sentidos de ese término. A pesar de

todo, muy probablemente podemos afirmar que la «libertad» es, al menos para toda persona que habla de ella, una realidad, una cosa definida. «Libertad» puede ser una situación en que aquellos que la alaban creen firmemente; puede ser un objeto de experiencia no sensorial que provoca la conciencia de la presencia de cosas no materiales, tales como valores, creencias, etc. «Libertad » parece ser un objeto de experiencia psicológica. Eso significa que la gente normal y corriente no lo concibe simplemente como un término, como una entidad nominal, cuyo significado es sólo necesario para ponerse de acuerdo sobre él mediante una convención similar a la de la matemática y a la de la lógica.

En estas circunstancias, me pregunto si podremos o no definir por convención la «libertad». Desde luego, toda definición es, hasta cierto punto, convencional, ya que implica un cierto grado de acuerdo sobre cómo debe hacerse uso de una palabra. Incluso las definiciones lexicográficas no excluyen convenciones sobre la manera de describir, por ejemplo, lo que la gente quiere dar a entender cuando utiliza una determinada palabra de uso habitual en Francia o en Inglaterra, o en uno y otro país, o en todo el mundo. Por ejemplo, se puede llegar a un convenio sobre los lenguajes que se tomarán en consideración a la hora de elaborar una definición lexicográfica, o sobre la elección que debe hacerse entre las acepciones de una misma palabra, cuando los diccionarios dan varias. Pero en todos estos casos, no olvidemos nunca que hay algunos usos, señalados por los diccionarios comunes, que no pueden cambiarse por convención sin pasar por alto el significado de las palabras tal y como otras personas, de hecho, las utilizan.

Los convenios no son sino artificios instrumentales para transmitir a otros algo que queremos que conozcan. En otras palabras, constituyen un medio de comunicar o transmitir información, pero la información en sí no puede pactarse. Podremos convenir en que lo negro se llamará «blanco» y lo blanco «negro», pero no podemos pactar sobre las experiencias reales sensoriales que comunicamos y a las que, arbitrariamente, llamamos «negro» o «blanco». Un convenio resulta posible y útil sólo en tanto y en cuanto existe un factor común que hace que su comunicación sea fructuosa. Este factor común puede ser en matemáticas una intuición y en física una experiencia sensorial, pero él no es a su vez por sí mismo objeto de convención. Siempre que una convención parezca estar basada en otra, el problema de encontrar un factor común que permita que esa convención funcione bien se encuentra simplemente pospuesto; lo que no puede hacerse es eliminarlo. Esto pondría límite al poder de Humpty Humpty, si Humpty Dumpty no fuera un personaje ficticio de un cuento de niños, sino una persona real que llega a un acuerdo con otras personas sobre el empleo de un término.

De poco valdría, por tanto, una definición convencional de «libertad» si no llevara implícita para otras personas alguna clase de información, incluida en el mismo significado de esa palabra, tal y como ya se conoce, y resulta bastante

dudoso que los teóricos, cuando se refieren a definiciones convencionales, tengan en mente un concepto como «libertad»

Así, para que una definición convencional de «libertad» tenga significado, debe transmitir alguna información. Es dudoso que una información conocida sólo por el autor de la definición sea de algún interés para otras personas que no comparten el contenido de dicha información. Siendo enteramente personal, poco puede importar a los demás. De hecho, sería imposible manifestarla a otras personas. Una definición exclusivamente convencional de «libertad» no podría eludir esta deficiencia. Siempre que los filósofos políticos han propuesto una definición convencional de «libertad» pretendían no sólo transmitir información sobre sus sentimientos y creencias personales, sino también hacer presentes a otros ciertos sentimientos y creencias que consideraban comunes a aquellos a los que se dirigían. En este sentido, también las definiciones convencionales de «libertad» propuestas de tiempo en tiempo por los filósofos políticos están más o menos claramente relacionadas con un uso lexicográfico del término «libertad» y, por tanto, con alguna investigación lexicográfica referente a él.

Así, una definición realmente efectiva de «libertad» debe ser, en último análisis, lexicográfica, aun cuando ello implique todas las dificultades de la investigación lexicográfica.

Resumiendo: «libertad» es una palabra utilizada por la gente en el lenguaje ordinario para expresar ciertos tipos de experiencia psicológica. Estas experiencias son diferentes en distintos momentos y lugares, y además se relacionan con conceptos abstractos y términos técnicos, pero no se pueden identificar meramente con los conceptos abstractos ni se pueden reducir a un simple término. Por último, es posible, y probablemente también útil, e incluso necesario, formular una definición convencional de «libertad», pero las convenciones no pueden eludir la investigación lexicográfica, ya que únicamente esta última es capaz de revelar los significados que la gente, realmente, atribuye a esa palabra en su uso ordinario.

Es conveniente mencionar que «libertad» es una palabra con connotaciones favorables. Quizá sea útil añadir que el término «libertad» suena bien, porque la gente lo usa para señalar su actitud positiva hacia lo que llaman «ser libre». Como ha observado Maurice Cranston en su ensayo sobre *La libertad* (Londres, 1953), antes citado, las personas no utilizan nunca expresiones tales como «soy libre» para indicar que carecen de algo que consideran bueno para ellos. Nadie dice, al menos hablando de cuestiones de la vida diaria, «estoy libre de dinero» o «soy libre de buena salud». Son otros los términos utilizados para expresar la actitud de la gente frente a la carencia de cosas buenas: dicen que les falta algo, y esto vale, a lo que entiendo, para todos los idiomas europeos del presente y del pasado. En otras palabras, ser «libre» de algo quiere decir «estar sin algo que no es bueno para nosotros», mientras que, por el contrario, faltarle a uno algo significa estar sin algo

que es bueno.

Ciertamente, el término libertad apenas tiene significado cuando se completa sólo con la expresión «de algo», y esperamos de las personas que nos digan también qué es lo que son libres de hacer. No obstante, la presencia de una implicación negativa en la palabra libertad y en ciertos términos emparentados, como libre, parece fuera de cuestión.[27]

Por ejemplo, «liberal» es una palabra que designa, tanto en Europa como en América, una actitud negativa contra la «coacción», prescindiendo de la naturaleza de esta «coacción», la cual, a su vez, se concibe muy diferentemente por un «liberal» americano y por otro europeo.

Consiguientemente, «libertad» y «coacción», en el lenguaje ordinario, son términos antitéticos. Naturalmente, a una persona le puede gustar la «coacción», o algún tipo de «coacción», como a los oficiales de la armada rusa, de los que Tolstoy decía que les gustaba la vida militar porque ésta constituía una especie de «ociosidad reglamentada». En el mundo hay probablemente muchas más personas de las que imaginamos a las que les agrada la «coacción». Aristóteles observó agudamente, al comienzo de su tratado sobre la política, que la gente se divide en dos grandes categorías: aquellos que han nacido para gobernar y aquellos que han nacido para obedecer a los gobernantes. No obstante, aunque a algunos les agrade la «coacción», sería abusar de las palabras decir que la «coacción» es libertad. Pese a ello, la idea de que la «coacción » es algo que está estrechamente conexo con la libertad es por lo menos tan vieja como la misma historia de las teorías políticas en el mundo occidental.

Creo que la razón principal de ello es que nadie puede considerarse «libre de» otras personas, si éstas son «libres» de restringirle en alguna manera. En otras palabras, todo el mundo es «libre» si, de una u otra manera, puede forzar a los demás a que no le coarten en ningún respecto. En tal sentido, «libertad» y «coacción» están inevitablemente ligadas, y esto probablemente se olvida demasiado cuando las personas hablan de «libertad». Pero la «libertad» misma, en el lenguaje ordinario, no es nunca coacción, y la coacción que está indisolublemente ligada con la libertad es sólo negativa; esto es, una coacción impuesta únicamente para conseguir que las otras personas renuncien a reprimirnos a su vez. Esto no es un simple juego de palabras, sino una descripción muy abreviada del significado de las palabras en el lenguaje habitual de las sociedades políticas, siempre que los individuos tengan alguna capacidad para ser respetados o, como podría decirse, algún poder de tipo negativo que les autorice a llamarse «libres».

En este sentido, podemos decir que el «mercado libre» implica también inevitablemente la idea de una «coacción», en el sentido de que todos los miembros de un mercado tienen el poder de ejercitar coacción contra gentes como los ladrones

y rateros. No hay «mercado libre» si no se sobreañade un poder restrictivo. Un mercado libre hunde sus raíces en una situación en la que quienes participan en las transacciones del mercado disfrutan de algún poder para contener a los enemigos de dicho mercado libre. Este punto, probablemente, no se resalta suficientemente por aquellos autores que, al dirigir su atención al «mercado libre», acaban por hablar de él como si fuera la verdadera antítesis del freno gubernamental.

Así, por ejemplo, el profesor Mises, autor a quien admiro grandemente por su férrea defensa del «mercado libre», basada en un razonamiento lúcido y preciso y en un espléndido dominio de todas las cuestiones involucradas, dice que *liberty* y *freedom* «son términos que se utilizan para describir las condiciones sociales de los miembros individuales de una sociedad de mercado en la que el poder del nexo hegemónico indispensable, el Estado, es refrenado para que el funcionamiento del mercado no se ponga en peligro».[28] Observamos que califica de «indispensable» el nexo hegemónico del Estado, pero también que, por libertad, quiere decir «coacción impuesta al ejercicio del poder policial»,[29] y que no añade, como creo yo que sería razonable añadir desde el punto de vista de un comerciante libre, que libertad significa también freno impuesto a cualquier persona que pueda interferir en el mercado libre. Tan pronto como admitimos este significado de libertad, el nexo hegemónico del Estado no sólo es algo que debe ser reprimido, sino también, y yo diría que ante todo, algo que hemos de utilizar para restringir las actividades de otras personas.

Los economistas no niegan, si bien tampoco se ocupan de ello directamente, el hecho de que todo acto económico, por regla general, es también un acto jurídico cuyas consecuencias pueden ser exigidas por las autoridades, si, por ejemplo, las partes de una transacción no se comportan como es de esperar sobre la base de su acuerdo. Como señaló el profesor Lionel Robbins en su *Nature and Significance of Economics*, los estudios sobre la conexión entre la economía y la ley son todavía poco frecuentes por parte de los economistas, y el hecho mismo de la conexión, aunque indiscutible, se descuida bastante. Muchos economistas han discutido sobre la distinción entre trabajo productivo y no productivo, pero pocos han examinado lo que el profesor Lindley Frazer, en su *Economic Thought and Language*, llama trabajo *misproductive*, esto es, trabajo útil para quien lo realiza pero no para aquellos a quienes, o contra quienes, va dirigido el trabajo.

Este tipo de trabajo, tal como es el de los mendigos, chantajistas, ladrones y rateros, queda fuera del campo de la economía, probablemente porque los economistas dan por sentado que es habitualmente ilegal. De esta manera, los economistas reconocen que las utilidades que toman normalmente en consideración son únicamente las que son compatibles con la ley que existe en casi todos los países. Así, la conexión entre economía y derecho existe, pero los economistas la consideran raramente como objeto especial merecedor de sus investigaciones. Se

ocupan, por ejemplo, del intercambio de bienes, pero no del intercambio desde el punto de vista del comportamiento, que hace posible cualquier intercambio de bienes y que está regulado, y a veces exigido, con esta finalidad, por la ley de todos los países. Por tanto, un mercado libre parece algo más «natural» que el gobierno, o al menos independiente del gobierno, e incluso algo que es preciso mantener «frente» al gobierno. En realidad, un mercado no es más «natural» que un gobierno, y uno y otro no son más naturales que, por ejemplo, un puente. La gente que ignora este hecho debería tomarse en serio un cuplé que se cantaba en un cabaret de Montmartre:

Voyez comme la natura a eu un bon sens bien profond A faire passer les fleuves justement sous les ponts.

(«Ved cómo la naturaleza tuvo el buen sentido de hacer que los ríos corrieran justo por debajo de los puentes.»)

Desde luego, la teoría económica no ha ignorado el hecho de que es precisamente el gobierno el que da a la gente el poder práctico para evitar la coacción de parte de otras personas en el mercado. Robbins resaltó esto muy bien en su ensayo *The Theory of Economic Policy in English Political Economy* (Londres, 1952), e hizo notar que «tendríamos una imagen completamente distorsionada» de la importancia de la doctrina que Marshall llamó sistema de libertad económica «si no la viéramos en combinación con la teoría del derecho y de las funciones del gobierno que sus autores (desde Smith en adelante) propusieron también». Como dice Robbins, «la noción de libertad *in vacuo* era enteramente ajena a sus ideas». Pero el profesor Robbins señaló también, en su *Economic Planning and International Order* (Londres, 1937), que los economistas clásicos prestaron demasiado poca atención al hecho de que el comercio internacional no puede surgir como una simple consecuencia del teorema de los costes comparativos, sino que requiere cierto tipo de organización jurídica internacional para protegerse contra los enemigos del comercio libre internacional, que, hasta cierto punto, se pueden comparar a los enemigos del mercado libre de una nación, como los ladrones o los rateros.

Por otro lado, el mismo hecho de que la coacción está, en cierto sentido, inevitablemente ligada a la «libertad» en todas las sociedades políticas, hizo nacer, o al menos favoreció, la idea de que una «libertad creciente» pudiera ser en cierto modo compatible en dichas sociedades con una «coacción creciente». Esta idea, a su vez, se asoció a una confusión sobre el significado de los términos «coacción» y «libertad», debida fundamentalmente no a la propaganda, sino a las incertidumbres que sobre su significado pueden surgir en el uso ordinario de estas palabras.

El profesor Mises dice que «libertad» es un concepto humano. Debemos añadir que es humano en tanto y en cuanto ciertas preferencias humanas están siempre implicadas cuando se utiliza este término en el lenguaje ordinario. Pero esto no

significa que un hombre pueda considerarse «libre» sólo del poder de otros hombres. Un hombre puede decirse también «libre» de una enfermedad, del miedo, de una necesidad, tal y como estas frases se utilizan en el lenguaje habitual. Esto ha inducido a algunos a considerar «la libertad de coacción por otros hombres» al mismo nivel que, por ejemplo, «la libertad de necesidades», sin observar que este último tipo de «libertad» no tiene posiblemente nada en común con el otro. Un explorador puede encontrarse en el desierto, desfalleciente, porque quiso ir allá solo sin que nadie le obligara. No está ahora «libre de hambre», pero está, ahora como antes, compactamente libre de «coerción o coacción» por parte de otras personas.

Diversos pensadores, antiguos y modernos, han intentado unir el hecho de que algunas personas no están libres de hambre o de enfermedades con el hecho de que otras personas, en la misma sociedad, no están libres de la coacción de sus prójimos. Desde luego, la conexión es obvia cuando alguien es esclavo de otras personas que le tratan mal y le dejan morir, por ejemplo, de hambre. Pero esa conexión no es en modo alguno evidente cuando las personas no son esclavas de nadie. Sin embargo, algunos pensadores, erróneamente, creyeron que siempre que a alguien le falta algo que necesita, o simplemente desea, ese alguien ha sido injustamente «desposeído» de esa cosa por aquellas personas que disfrutan de ella.

La historia está tan llena de ejemplos de violencia, de latrocinio, invasiones de tierras, etc., que muchos pensadores se han sentido justificados a afirmar que el origen de la propiedad privada es simplemente la violencia, y que por tanto debe ser considerada como algo irremediablemente ilícito, tanto ahora como en los tiempos primitivos. Los estoicos imaginaron que toda la tierra, al comienzo, era común a todos los hombres. Llamaron a esta condición legendaria *communis possessio originaria*. Ciertos Padres de la Iglesia cristiana, particularmente en los países latinos, se hicieron eco de esa suposición. Así, San Ambrosio, el famoso arzobispo de Milán, pudo escribir en el siglo V de nuestra era que, mientras que la naturaleza había destinado todas las cosas a que fueran comunes para todos, los derechos de propiedad privada se debían a la usurpación. Como ejemplo cita a los estoicos, que defendían, dice, que todo lo que hay en la tierra y en los mares fue creado para el uso común de todos los seres humanos. Un discípulo de San Ambrosio, llamado el Ambrosiáster, dice que Dios dio todas las cosas a los hombres en común, y que esto se aplica tanto al sol y a la lluvia como a la tierra. Lo mismo dijo San Zenón de Verona (cuyo nombre lleva una de las iglesias más espléndidas del mundo) refiriéndose a los hombres de los tiempos más antiguos: «Carecían de propiedad privada, y tenían todo en común, como el sol, los días, las noches, la lluvia, la vida y la muerte, y todas esas cosas les habían sido dadas en igual grado, sin excepción, por la Divina Providencia.» Y este mismo santo añade, evidentemente aceptando la idea de que la propiedad privada es el resultado de la coacción y de la tiranía: «El propietario privado es, indudablemente, similar a un tirano, ya que tiene él solo el control total de cosas que resultarían útiles para muchas otras personas.» Poco más

o menos, esta misma idea se puede encontrar algunos siglos más tarde en las obras de ciertos canonistas. Por ejemplo, el autor de la primera sistematización de las reglas eclesiásticas, el llamado *decretum Gratiani*, dice:

«Quien pretende tener más cosas de las que necesita es un ladrón.»

Los socialistas modernos, incluido Marx, han expuesto simplemente una versión corregida de esta misma idea. Por ejemplo, Marx distingue varios estadios en la historia de la humanidad: un primer estadio, en el que las relaciones de producción fueron de cooperación, y un segundo estadio, en el que algunas personas, por primera vez, adquirieron el control de los factores de producción, poniendo así a una minoría en la situación de ser alimentada por la mayoría. Nuestro anciano arzobispo de Milán diría, con un lenguaje menos complicado y más efectivo: «La naturaleza es responsable de una ley de las cosas en común; la usurpación es responsable de una ley privada.»

Desde luego, podemos preguntar cómo es posible poder hablar de «cosas comunes a todos». ¿Quién ha decretado que todas las cosas sean comunes a todos los hombres, y por qué? La respuesta habitual dada por los estoicos y sus discípulos, los Padres de la Iglesia, en los primeros siglos después de Cristo, fue que lo mismo que la luna y el sol y el aire son comunes a todos los hombres, no hay razones para defender que otras cosas, tales como la tierra, no sean comunes. Estos defensores del comunismo no se molestaron en hacer un análisis semántico de la palabra «común». Si lo hubieran hecho, habrían descubierto que la tierra no puede ser común a todos los hombres en el mismo sentido en que el sol y la luna lo son, y que, por tanto, no es en absoluto lo mismo hacer que la gente cultive la tierra en común que permitirles utilizar la luz de la luna o del sol, o el aire fresco, cuando pasean. Los economistas modernos explican la diferencia señalando que no hay escasez de luz lunar, mientras que sí la hay de tierra. A pesar de que esto es evidente, la supuesta analogía entre las cosas poco abundantes, tales como la tierra cultivable, y las cosas abundantes, tales como la luz de la luna, ha constituido siempre una buena razón a los ojos de muchas personas para defender que los que «no tienen» han sido «forzados» por los que «tienen», que estos últimos han privado ilícitamente a los primeros de ciertas cosas, en principio «comunes» a todos los hombres. La confusión semántica en el empleo de la palabra «común» introducida por los estoicos y los primeros Padres de la Iglesia a este respecto ha sido conservada por los socialistas modernos de todas las tendencias, y radica, según creo, en la tendencia, particularmente manifiesta en los tiempos recientes, a utilizar el término «libertad» en un sentido equívoco que relaciona «libertad de necesidades» con «libertad de la coacción de otras personas».

Esta confusión se relaciona, a su vez, con otra. Cuando un tendero de ultramarinos, o un médico, o un abogado, aguarda a sus clientes, cada uno de ellos se puede sentir dependiente de éstos para poder vivir. Esto es cierto. Sin embargo,

si no aparece ningún cliente, sería un abuso lingüístico afirmar que los clientes que no aparecen fuerzan al tendero, o al doctor, o al abogado, a morir de hambre. De hecho, nadie le obligó a nada, puesto que nadie apareció. Simplificando al máximo la cuestión, diríamos que los clientes, simplemente, no existían. Si ahora imaginamos que aparece un cliente y ofrece un honorario muy bajo al médico o al abogado, no es posible decir que este cliente esté «forzando» al médico o al abogado a aceptar ese honorario. Podemos despreciar al hombre que sabe nadar y no salva a una persona que se está ahogando en un río, pero sería abusar del lenguaje afirmar que, por no haberle salvado, le ha «obligado» a ahogarse. En este sentido, estoy de acuerdo con un famoso jurista alemán del siglo XIX, Rudolph Jhering, que se indignaba por la mala fe del argumento utilizado por Portia contra Shylock y en favor de Antonio en *El mercader de Venecia*, de Shakespeare. Podemos despreciar a Shylock, pero no podemos decir que éste coaccionó a Antonio o a cualquier otra persona a llegar a un acuerdo con él —un acuerdo que implicaba, en las circunstancias en cuestión, la muerte de Antonio—. Lo único que pretendía Shylock era forzar a Antonio a cumplir su pacto una vez firmado. Pese a esas consideraciones obvias, la gente se inclina a menudo a juzgar a Shylock de la misma manera que juzgarían a un asesino, y a condenar a los usureros como si fueran ladrones o piratas, siendo así que ni Shylock ni cualquier otro usurero habitual puede propiamente ser acusado de coaccionar a nadie para que vayan a pedirle dinero a un interés de usura.

A pesar de esta diferencia entre «coacción» en el sentido de algo realmente hecho para causar daño a alguien contra su voluntad y una conducta como la de Shylock, muchas personas, especialmente durante el último siglo en Europa, han intentado introducir en el lenguaje ordinario una confusión semántica cuyo resultado es que un hombre que nunca se ha comprometido a realizar un acto voluntario en favor de otras personas y que, por tanto, no hace nada por ellas, es censurado por esta pretendida «omisión» y se le hacen reproches como si hubiera «constreñido» a otros a hacer algo contra su voluntad. Esto, en mi opinión, no está de acuerdo con el uso adecuado del lenguaje habitual en los países que conozco. No se «fuerza» a nadie si uno se limita simplemente a no hacer en su favor algo que no se había uno comprometido a hacer.

Todas las teorías socialistas de la llamada «explotación» de los trabajadores por los patronos —y, en general, de «los que no tienen» por «los que tienen»— están, en último análisis, basadas en esta confusión semántica. Siempre que los que se llaman a sí mismos historiadores de la Revolución Industrial en Inglaterra en el siglo XIX hablan sobre la «explotación» de los trabajadores por los patronos dan por supuesta precisamente esta idea de que los patronos ejercían «coacción» contra los trabajadores para hacerles aceptar bajos salarios por duros trabajos. Cuando decretos tales como el de disputas laborales, de 1906, en Inglaterra, concedieron a los sindicatos el privilegio de forzar a los patronos a aceptar sus demandas mediante

actos ilegales, la idea fue que los empleados constituían la parte más débil y que, por tanto, podían ser «coaccionados» por los patronos a aceptar salarios bajos en lugar de salarios elevados. El privilegio que el decreto sobre disputas laborales concedió se basaba en el principio, familiar a los liberales europeos de aquel tiempo, y que corresponde además al significado de «libertad» tal y como se acepta en el lenguaje habitual, de que uno es «libre» cuando puede obligar a otras personas a que no le coaccionen. El problema fue que, mientras que la fuerza de coacción concedida a los sindicatos como privilegio por el decreto tenía la acepción usual de esta palabra en el lenguaje ordinario, la «coacción» que dicho privilegio debía prevenir de parte de los patronos no se entendía en el sentido que dicho término tenía, y aún tiene, para el lenguaje habitual. Si estudiamos las cosas desde este punto de vista, deberemos estar de acuerdo con sir Frederick Pollock que, en su *Law of Torts* (Ley de agravios), escribió que «la ciencia jurídica, evidentemente, no tiene nada en común con la intervención empírica violenta sobre el cuerpo político» que la legislatura británica había creído adecuado realizar mediante el decreto sobre disputas laborales de 1906. Hay que decir también que el uso habitual del lenguaje no tiene nada que ver con el significado de «coacción» que hizo aconsejable, a los ojos de los legisladores británicos, realizar sobre el cuerpo político una operación tan violenta como ésa.

Los historiadores imparciales, como el profesor T.S. Ashton, han demostrado que la situación general de las clases pobres de la población inglesa después de las guerras napoleónicas se debía a causas que no tenían nada que ver con el comportamiento de los empresarios de la nueva era industrial en ese país, y cuyo origen se puede perseguir hasta muy atrás en la historia antigua de Inglaterra. Aún más, los economistas han demostrado a menudo, tanto mediante argumentos convincentes de naturaleza teórica como examinando datos estadísticos, que los buenos salarios dependen de la relación entre el volumen de capital invertido y el número de trabajadores.

Sin embargo, éste no es el punto principal de nuestra argumentación. Si se da al término «coacción» esas diferentes acepciones que acabamos de considerar, se puede concluir fácilmente que los empresarios de la época de la Revolución Industrial en Inglaterra «forzaban» a la gente a habitar, por ejemplo, en casas viejas e insanas, sólo porque no construían para sus trabajadores un número suficiente de casas nuevas y buenas. De la misma manera, se podría decir que los industriales que no hacen grandes inversiones en maquinaria, pese a los beneficios que podrían extraer de ellas, «obligan» a sus trabajadores a resignarse con sus escasas pagas. De hecho, esta confusión semántica está favorecida por ciertos grupos de propaganda y de presión interesados en elaborar persuasivas definiciones tanto de «libertad» como de «coacción». Como resultado de ello, se puede censurar a ciertas personas la «coacción» que, supuestamente, ejercen sobre otras con las que nunca han tenido nada que ver. Así, la propaganda de Mussolini y Hitler antes y durante la segunda

guerra mundial comprendía la afirmación de que la gente de otros países, tan alejados de Italia o Alemania como Canadá o los EE UU, «forzaban» a los italianos y a los alemanes a contentarse con sus pobres recursos materiales y con sus relativamente escasos territorios, aunque ni un simple kilómetro cuadrado de territorio alemán o italiano haya ido nunca a parar a las manos del Canadá o de los EE UU. Singularmente, después de la segunda guerra mundial, muchas personas nos decían —especialmente aquellos que pertenecían a la *intelligentsia* italiana— que los ricos terratenientes del sur de Italia eran directamente responsables de la miseria de los pobres trabajadores de esa zona, o que los habitantes del norte de Italia eran responsables de la depresión que afectaba al sur, aunque no se podía presentar ninguna demostración seria para probar que la riqueza de ciertos terratenientes del sur de Italia fuera la causa de la pobreza de los trabajadores, ni de que el razonable nivel de vida disfrutado por la gente en el norte de Italia fuera causa de la falta de un nivel de vida similar en el sur. La hipótesis que subyacía a todas estas ideas era que los «poseedores» de la Italia del sur «coaccionaban» a los «no poseedores» para que llevasen una vida pobre, de la misma manera que los habitantes del norte de Italia «forzaban » a los que viven en el sur a contentarse con sus rentas agrícolas, en lugar de construir industrias. Debo señalar también que una confusión semántica similar constituye el fundamento de muchas de las demandas que se hacen a las gentes de Occidente (comprendidos los Estados Unidos) y de las actitudes que se adoptan hacia ellos por parte de los grupos dirigentes de ciertas antiguas colonias, tales como la India o Egipto.

Esto da origen a motines, alborotos y todo tipo de acciones hostiles ocasionadas por las personas que se sienten «constreñidas». Otro resultado, no menos importante, es la serie de decretos, estatutos y disposiciones, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, destinados a ayudar a las personas supuestamente «coaccionadas» para que puedan contrarrestar esta «coacción» mediante artificios, privilegios, concesiones, inmunidades, etc., puestas en vigor legalmente.

Así, una confusión de términos produce una confusión de sentimientos, y ambos hechos reaccionan recíprocamente entre sí para confundir las cosas aún más.

No soy tan ingenuo como Leibniz, que suponía que muchas cuestiones políticas o económicas podían solucionarse no mediante disputas (*clamoribus*), sino mediante una especie de cálculo (*calculemus*), a través del cual resultaría posible que las personas afectadas se pusieran de acuerdo, al menos en principio, sobre lo que está en juego. Sin embargo, sostengo que la clarificación semántica será, probablemente, más útil de lo que se cree por lo común, a condición de que la gente pueda beneficiarse de ella.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo III

La Libertad y la «rule of law»

No es fácil determinar lo que las gentes de habla inglesa quieren decir con la expresión *rule of law*. El significado de estas palabras ha cambiado durante los últimos setenta o incluso cincuenta años, y la misma frase ha adquirido un sonido en cierto modo anticuado en Inglaterra y en América. No obstante, en algún tiempo, correspondió a una idea que (como el profesor Hayek señaló en su primera conferencia sobre la libertad y el gobierno de la ley dada en el Banco Nacional de Egipto, en 1955) «había conquistado enteramente las mentes, si no la práctica, de todas las naciones occidentales», hasta el punto de que «pocas personas dudaban de que dicha idea no tardaría en gobernar el mundo».[30]

La historia completa de este cambio no se puede aún escribir, ya que el proceso continúa. Además, es una historia, hasta cierto punto, complicada, fragmentaria, tediosa y, sobre todo, oculta a los ojos de las personas que sólo leen los periódicos, las revistas o las novelas, y que no tienen una afición particular hacia las materias jurídicas o hacia cuestiones técnicas, como, por ejemplo, la delegación de la autoridad judicial y de los poderes legislativos. Es una historia que concierne a todos los países occidentales que participaron, y aún participan, no sólo en el ideal jurídico denotado por la expresión *rule of law*, sino también en el ideal político designado con la palabra «libertad».

No voy a afirmar, como el profesor Hayek en la conferencia antes mencionada, que «en la discusión técnica que concierne al derecho administrativo se decide el destino de nuestra libertad». Prefiero decir que este destino se está decidiendo también en muchos otros sitios — en los parlamentos, en las calles, en los hogares y, en último análisis, en las mentes de los trabajadores más humildes y de los hombres cultivados, como los científicos y los profesores universitarios. Estoy de acuerdo con el profesor Hayek en que, a este respecto, nos enfrentamos con una especie de revolución silenciosa. Pero no comparto su idea, ni la del profesor Ripert, de Francia, de que ésta es una revolución —más aún, un *coup d'état*— promovida sólo o principalmente por técnicos tales como los abogados o los funcionarios de los ministerios o los departamentos del Estado. En otras palabras, el continuo y furtivo cambio de significado de la expresión *rule of law* no es resultado de una revolución «managerial», para utilizar la acertada expresión de Burnham. Es un fenómeno mucho más amplio, conectado con gran número de sucesos y situaciones, cuyas verdaderas características y cuya importancia no resultan fáciles de determinar, y a los que los historiadores se refieren con frases tales como el «sentido general de nuestro tiempo». El proceso por el cual la palabra «libertad» comenzó a asumir en los últimos siglos distintos significados incompatibles entre sí implicaba, como ya hemos visto, una confusión semántica. Otra confusión semántica, menos obvia pero no menos importante, se revela a aquellas personas que tienen la paciencia suficiente para estudiar la silenciosa revolución que se ha

producido en el empleo de la expresión *rule of law*.

Los expertos europeos continentales, a pesar de su sabiduría, de sus conocimientos y de su admiración por el sistema político británico, desde los tiempos de Montesquieu y Voltaire no han podido comprender el verdadero significado de la constitución inglesa. Montesquieu es probablemente el más famoso de los afectados por esta crítica, particularmente en lo que concierne a su célebre interpretación de la división de poderes en Inglaterra, a pesar del hecho de que dicha interpretación (muchas personas dirían mala interpretación) ejerció, a su vez, una enorme influencia en los países de habla inglesa. Por su parte, eminentes expertos ingleses han sido criticados por sus interpretaciones de las constituciones europeas continentales. El más famoso de ellos es probablemente Dicey, cuyos errores sobre el *droit administratif* francés han sido considerados por otro famoso erudito inglés, sir Carleton Kemp Allen, como «fundamentales» y una de las principales razones por las que el gobierno de la ley se ha desarrollado en los países de habla inglesa de la actualidad de la manera como lo ha hecho. Lo cierto es que los poderes gubernamentales nunca estuvieron verdaderamente separados en Inglaterra, contrariamente a lo que Montesquieu creyó en su tiempo, lo mismo que el *droit administratif* de Francia o, sin salirse del tema, el diritto amministrativo italiano o el *Verwaltungsrecht* alemán, no tenían verdaderamente nada que ver con la «administrative law» en la que sir Carleton Kemp Allen y la mayor parte de los eruditos ingleses contemporáneos piensan cuando se refieren a los cambios recientes en las respectivas funciones de lo judicial y lo ejecutivo en el Reino Unido.

Después de haber pensado mucho sobre este tema, me inclino a concluir que, aún más importante que la falsa interpretación de Dicey, por un lado, y la de Montesquieu, por otro, ha sido la de los expertos y la de la gente común que han intentado adoptar, en la Europa continental, la *rule of law* británica, y han imaginado que el simulacro continental del sistema inglés o americano (por ejemplo, el *Rechtsstaat* alemán, el *état de droit* francés o el *stato di diritto* italiano) es realmente algo muy similar a la *rule of law* inglesa. El mismo Dicey, que tenía clara conciencia de algunas diferencias muy importantes en este sentido, y al que varios pensadores consideran bastante predispuesto contra la constitución francesa y, en general, contra las constituciones del continente europeo, realmente pensó que al comienzo del siglo presente no existía mucha diferencia entre la *rule of law* inglesa o americana y las constituciones europeas continentales:

Si limitamos nuestra observación a la Europa del siglo XX, podríamos muy bien decir que en la mayoría de los países europeos la *rule of law* está hoy en día casi tan bien establecida como en Inglaterra, y que los individuos privados, en todo caso, que no se mezclan en política, tienen poco que temer mientras cumplan con la ley, proceda ésta del gobierno o de cualquier otra fuente.[31]

De otra parte, algunos eruditos continentales —por ejemplo, los grandes

garantistes franceses como Guizot y Benjamin Constant, y los teóricos alemanes del *Rechtsstaat* como Karl von Rotteck, K. Welcker, Robert von Mohl y Otto von Gierke— creían (yo diría que erróneamente) que estaban describiendo y recomendando a sus ciudadanos un tipo de Estado muy similar al de Inglaterra. Hoy, el profesor Hayek ha intentado demostrar que la doctrina alemana del *Rechtsstaat,* antes de su corrupción por los *reactionnaires* historicistas y positivistas a finales del siglo XIX, contribuyó grandemente, en teoría si no en la práctica, al ideal de la *rule of law*.

Este ideal, y el del *Rechtsstaat* antes de su corrupción, tenían de hecho mucho en común. Casi todas las características que Dicey describió tan brillantemente en el libro antes citado, para explicar lo que era la *rule of law* inglesa, se pueden descubrir también en las constituciones continentales, desde la Constitución francesa de 1789 a las de hoy.

La *supremacía de la ley* era la característica principal citada en el análisis de Dicey. Éste citaba la vieja ley de los tribunales ingleses: «*La ley est la plus haute inheritance, que le roi had; car par la ley il même et toutes les sujets son rulés, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera*» («La ley es la herencia más elevada que el rey tiene, pues tanto él como sus súbditos están gobernados por ella, y sin ella no habría ni rey ni reino»). Según Dicey, la supremacía de la ley era, a su vez, un principio que correspondía a otros tres conceptos y que, por tanto, implicaba tres significados diferentes y concomitantes de la expresión the *rule of law*: 1) la ausencia de poder arbitrario por parte del gobierno para castigar a los ciudadanos o para cometer actos contra la vida o contra la propiedad; 2) la sujeción de todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, a la ley ordinaria del reino y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios; y 3) un predominio del espíritu legal en las instituciones inglesas, a consecuencia del cual, como explica Dicey, «los principios generales de la constitución inglesa (por ejemplo, el derecho a la libertad personal o a la asamblea pública) son el resultado de decisiones judiciales..., mientras que en muchas constituciones extranjeras la seguridad que se da a los derechos de los individuos resulta, o parece resultar, de los principios generales (abstractos) de la constitución.»[32]

Los americanos se podrán preguntar si Dicey consideró el sistema americano dentro de la misma clase que los sistemas continentales europeos. Los americanos derivan o parecen derivar sus derechos individuales de los principios generales formulados en su constitución y en las diez primeras enmiendas. De hecho, Dicey consideraba a los Estados Unidos como ejemplo típico de un país que vivía bajo la *rule of law*, principio heredado de las tradiciones inglesas. Tenía razón, como se aprecia cuando se recuerda, de un lado, el hecho de que una declaración de derechos escrita no se consideró necesaria al comienzo por los Padres Fundadores —que incluso no la incluyeron en el texto de la constitución— y, de otro lado, la

importancia que las decisiones judiciales de los tribunales ordinarios tenían, y todavía tienen, en el sistema político de los Estados Unidos, en lo que concierne a los derechos de los individuos.

El profesor Hayek, entre otros eminentes teóricos actuales de la *rule of law*, considera cuatro características que, hasta cierto punto, si bien no enteramente, corresponden a la descripción de Dicey. Según el profesor Hayek, la *generalidad*, la *igualdad* y la *certeza* de la ley, así como el hecho de que la discrecionalidad administrativa en la acción coactiva, esto es, cuando interfiere en la persona y la propiedad de un ciudadano privado, *debe estar siempre sujeta a revisión* por tribunales independientes, son «realmente lo esencial de la cuestión, el punto decisivo del que depende el que el gobierno de la ley prevalezca o no».[33]

Aparentemente, las teorías del profesor Hayek y de Dicey coinciden, excepto en algunos detalles menores. El profesor Hayek, ciertamente, insiste en la diferencia entre leyes y órdenes en relación con la «generalidad» de la ley, y señala que la ley nunca debe referirse a individuos particulares, y que no debe promulgarse si, al llegar el momento de estatuirse, se puede predecir cuáles serán los individuos particulares a quienes favorecerá o perjudicará. Pero esto se puede considerar simplemente como un desarrollo especial de la idea de Dicey de que la *rule of law* supone la ausencia de poder arbitrario por parte del gobierno. La *igualdad*, a su vez, es una idea implicada en la descripción de Dicey de la segunda característica del gobierno de la ley, esto es, que toda persona, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeta a la ley ordinaria del territorio.

En relación con esto, debemos hacer notar una diferencia entre las interpretaciones que Dicey y Hayek hacen de la igualdad, o al menos de su aplicación en ciertos aspectos. El profesor Hayek está de acuerdo con sir Carleton Kemp Allen en reprochar a Dicey un «error fundamental » en su interpretación del *droit administratif* francés. Dicey, según sir Carleton y el profesor Hayek, estaba equivocado al creer que el *droit administratif* francés y, en general, el continental, al menos en su estado de madurez, fuera una especie de ley arbitraria, al no estar administrada por tribunales ordinarios. De acuerdo con Dicey, sólo los tribunales ordinarios, tanto en Inglaterra como en Francia, podrían proteger verdaderamente a los ciudadanos al aplicar la ley ordinaria del país. El hecho de que se concediera a jurisdicciones especiales, tales como la del *conseil d'état* en Francia, el poder de juzgar, en casos en que ciudadanos privados litigaban contra funcionarios al servicio del Estado, aparecía a los ojos de Dicey como una prueba de que la igualdad de la ley para todos los ciudadanos no se respetaba verdaderamente en el continente. Los funcionarios, cuando litigaban en su capacidad de tales con los ciudadanos ordinarios, estaban «hasta cierto punto exentos de la ley ordinaria del país». Hayek acusa a Dicey de haber contribuido en gran parte a evitar o retardar el crecimiento de instituciones capaces de controlar, mediante tribunales independientes, la nueva

maquinaria burocrática de Inglaterra por una falsa idea de que los tribunales administrativos especiales constituían siempre una negación de la ley ordinaria del país y, por tanto, de la *rule of law*. El hecho es que el *conseil d'état* proporciona a los ciudadanos ordinarios franceses, tanto como a los de la mayor parte de los países de la Europa occidental, una protección bastante imparcial y eficiente contra lo que Shakespeare hubiera llamado «la insolencia del funcionario».

¿Es razonable, sin embargo, hacer a Dicey responsable del hecho de que un proceso similar al de la formación y el funcionamiento del *conseil d'état* no haya tenido lugar aún en el Reino Unido? Quizá lo que ha impedido el desarrollo de un tribunal administrativo de apelación en Inglaterra (que correspondería al *conseil d'état* francés o al *consiglio di stat*o italiano) es el hecho, que ya observó Allen, de que en Inglaterra «la simple mención de una novedad provoca que muchas manos se alcen con un gesto de horror ante la importación extranjera».[34] De hecho, la hostilidad hacia los tipos no británicos de ley y magistratura es una característica antigua del pueblo inglés. Los habitantes actuales de las Islas británicas son, después de todo, descendientes de los que proclamaron orgullosamente, hace muchos siglos: *Nolumus leges Angliae mutari* (no queremos que se cambien las leyes de los anglosajones). El papel que jugó Dicey en la resistencia a la importación de las formas continentales de la ley en Inglaterra fue en realidad pequeño. El mismo Allen, si bien sugiere cautelosamente cómo adoptar nuevas medidas para proteger a los ciudadanos contra la burocracia británica, se apresura a añadir «que nadie en su sano juicio propondría imitar en Inglaterra el conseil d'état», y que quienes aún creen que «la *administrative law* (si es que incluso esa expresión se permite) es lo mismo que el *droit administratif* viven en una época hace largo tiempo pasada».[35]

Por cierto que lo divertido de esta perorata de sir Carleton es que éste parece sugerir que la *administrative law* es algo mucho mejor que el *droit administratif* extranjero, mientras que al comienzo de su obra había criticado al pobre Dicey por su «complaciente comparación con la ley administrativa francesa», esto es, con «esa jurisprudencia notable, al menos por sus modernos desarrollos», y había acusado a Dicey de haber «dejado al público británico bajo la impresión de que el efecto del derecho administrativo en Francia era colocar a los funcionarios en una posición especial privilegiada, en vez de (como ocurre de hecho) proporcionar al individuo una amplia protección contra las acciones ilegales del Estado».[36]

Podría añadirse que ésta es una protección que el derecho administrativo inglés actual no ofrece a todos los súbditos de la Corona británica, ya que, como hizo observar recientemente otro experto inglés, Ernest F. Row,

mientras que los tribunales administrativos franceses son tribunales y administran un código legal perfecto mediante un procedimiento perfectamente definido, similar al de los otros tribunales, el nuevo sistema inglés (esto es, esa concesión al poder

ejecutivo de funciones judiciales que el ex lord jefe de la Corte Suprema inglesa acostumbraba a tildar de «ilegalidad administrativa» y de «nuevo despotismo» no constituye nada de ese tipo, ya que en él las disputas entre los individuos y el gobierno las zanja el gobierno, que es parte en la disputa, de una manera totalmente arbitraria, según principios irregulares y no reconocidos y mediante un procedimiento legal no definido claramente. [37]

Dicey y Hayek, aparentemente, difieren muy poco en sus respectivas interpretaciones de la igualdad como característica de la *rule of law*. Ambos sostienen que los tribunales independientes están esencialmente para garantizar a los ciudadanos la igualdad ante la ley. Una diferencia de orden menor entre las dos interpretaciones de las funciones de los tribunales parece ser que, mientras Dicey no admite la existencia de dos órdenes judiciales distintos, uno para resolver sólo las disputas entre los ciudadanos ordinarios y otro para resolver las querellas entre los ciudadanos ordinarios y los funcionarios estatales, Hayek piensa que la existencia de dos órdenes judiciales diferentes no es inconveniente en sí misma, siempre que ambos órdenes sean verdaderamente independientes del poder ejecutivo.

Las cosas, probablemente, no son tan sencillas como la conclusión del profesor Hayek parece indicar. Ciertamente, los tribunales administrativos independientes son mejores que la simple concesión de poder judicial al poder ejecutivo en cuestiones administrativas, tal y como ocurre en Inglaterra hoy, y hasta cierto punto también en los Estados Unidos. Sin embargo, la misma existencia de «tribunales administrativos » da más fuerza al hecho (que no gustaba a Dicey) de que no existe una ley para todo el mundo en el país, y que, por tanto, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley no se respeta de hecho, como ocurriría si sólo hubiera una ley en el país y no, una junto a otra, una ley administrativa y una ley común.

El decano Roscoe Pound señaló, en un ensayo citado por el profesor Hayek,[38] que las tendencias contemporáneas en la exposición del derecho público subordinan los intereses «del individuo a los del funcionario público», al permitir a este último «identificar una cara de la controversia con el interés público, valorándola así más, e ignorar las otras facetas». Esto se refiere más o menos a todo tipo de ley gubernamental, bien se administre por tribunales independientes o no. Un principio general que subyace a todas las relaciones entre los ciudadanos privados y los funcionarios gubernamentales que actúan en su capacidad oficial es lo que los teóricos continentales (por ejemplo, el alemán Jellinek, o el francés Hauriou, o el italiano Romano) llamarían el *status subjectionis* del individuo en relación con la administración y, a su vez, la «supremacía» de esta última sobre el individuo. Los funcionarios estatales, como representantes de la administración pública, se consideran personas que disfrutan de *eminentia jura* (derechos extraordinarios) sobre otros ciudadanos. Así, los funcionarios pueden, por ejemplo, hacer cumplir sus órdenes sin ningún control previo por parte de un juez sobre la legitimidad de

dichas órdenes, mientras que este control se exigiría si un ciudadano privado reclamara algo de otro ciudadano privado. Cierto que los teóricos continentales admiten también que los individuos tienen un derecho de libertad personal que limita los *eminentia jura* o, como dicen también, la supremacía de la administración. Pero el principio de la supremacía de la administración es algo que, hoy en día, caracteriza a la ley gubernamental de todos los países de la Europa continental y, hasta cierto punto, de todos los países del mundo.

Precisamente este principio es el que los tribunales administrativos toman en consideración cuando juzgan controversias entre ciudadanos privados y funcionarios, mientras que los jueces ordinarios consideran a las partes privadas implicadas en un caso exactamente a un mismo nivel. Este hecho, que en sí no tiene nada que ver con la amplitud de la independencia de los tribunales administrativos frente al poder ejecutivo o a los funcionarios estatales, constituye el fundamento de la existencia de tribunales administrativos como tribunales independientes. Ahora bien, si admitimos con Dicey que la única ley que tiene que tomarse en consideración para juzgar controversias entre ciudadanos (sean éstos funcionarios estatales o no) es la que está de acuerdo con la *rule of law*, tal como la concibe Dicey, su conclusión de que un sistema de tribunales administrativos (sean éstos independientes del gobierno o no) debe evitarse y que sólo se deben aceptar los tribunales ordinarios, es perfectamente coherente.

La conclusión de Dicey puede ser o no aplicable a las circunstancias presentes, pero es una consecuencia del principio de igualdad ante la ley, esto es, de uno de los principios implicados por su interpretación y la del profesor Hayek del significado de la *rule of law*.

En Inglaterra, Dicey escribió,

la idea de la igualdad jurídica, o de la sujeción universal de todas las clases a una sola ley administrada por los tribunales ordinarios, ha sido llevada a su último extremo. Entre nosotros, cualquier funcionario, desde el primer ministro hasta un alguacil o un recaudador de impuestos, tiene la misma responsabilidad, de cara a cualquier acto realizado sin justificación legal, que cualquier otro ciudadano. Abundan los casos en que los funcionarios han sido llevados a los tribunales y castigados, precisamente en cuanto tales funcionarios, o bien condenados al pago de perjuicios, por actos cometidos en el desempeño de su cargo, pero que excedían su autoridad legal. Un gobernador colonial, un secretario de Estado, un funcionario militar y cualquier subordinado, aunque esté ejecutando las órdenes de sus superiores, es tan responsable como cualquier persona privada y no oficial por todo acto que la ley no autorice.[39]

La situación descrita por Dicey en 1885 no es evidentemente la que prevalece ahora, ya que un carácter típico del nuevo «derecho administrativo» en Inglaterra es

que se han arrebatado de la jurisdicción de los tribunales ordinarios muchos casos en los que el poder ejecutivo es, o puede ser, una de las partes en la disputa.

No se puede criticar fundadamente a Dicey por su condena de los tribunales administrativos, basada en un principio que enunció claramente, es decir, la sujeción universal de todas las clases a una misma ley. En caso contrario, deberíamos concluir que, si bien todos los hombres son iguales ante la ley, algunos son «más iguales que otros».

De hecho, sabemos ahora lo lejos que puede ir la interpretación del principio de igualdad ante la ley en aquellos sistemas políticos en que el principio de la legalidad puramente formal —incluso ceremonial— de cualquier norma, sea cual fuere su contenido, ha sustituido al principio del *Rechtsstaat*, y por tanto, de la *rule of law* en su acepción inicial.

Podemos formar tantas categorías de personas como queramos para aplicarles las mismas leyes. Dentro de cada categoría, todas las personas serán «iguales» de cara a la ley particular que se les aplica, independientementedel hecho de que otras gentes, agrupadas en otras categorías, sean tratadas muy diferentemente por otras leyes. Así, se puede crear un «derecho administrativo», ante el cual todas las personas agrupadas en una cierta categoría, definida en la ley, sean tratadas de la misma manera por los tribunales gubernativos, y a su lado podemos reconocer una «ley común», bajo la cual las personas agrupadas en otras categorías serán tratadas con la misma igualdad por los tribunales ordinarios. Así, mediante un leve cambio en el significado del principio de «igualdad», podemos pretender que lo hemos conservado. En lugar de la «igualdad ante la ley», lo que tendremos entonces será la igualdad de cara a uno de los dos sistemas legales promulgados en el mismo país, o, si preferimos utilizar el lenguaje de la fórmula de Dicey, tendremos en el país dos leyes en lugar de una. Por supuesto, y de la misma manera, podemos tener tres o cuatro, o miles de leyes del país —una para los propietarios, otra para los arrendatarios, una para los patronos, otra para los empleados, etc. Esto es exactamente lo que está ocurriendo hoy en muchos países occidentales en los que aún se simula seguir el principio de la *rule of law* y, consiguientemente, de la «igualdad ante la ley».

Podemos imaginar también que los mismos tribunales tienen capacidad para aplicar todas estas leyes del país a todas las personas de todas las categorías afectadas. Esto podría aún llamarse, de una manera aproximada, «igualdad ante la ley». Sin embargo, es evidente que en tal caso no todos recibirán el mismo tratamiento bajo la ley del país considerada como un todo. Por ejemplo, en Italia, el artículo tercero de la constitución dice que «todos los ciudadanos son iguales ante la ley». De hecho, no obstante, hay leyes que obligan a los propietarios a arrendar sus tierras a una renta muy baja, pese a la existencia de acuerdos previos en sentido contrario, mientras que otras categorías de personas, que se relacionan entre sí

mediante contratos diferentes de los de un propietario o un arrendatario, no sufren la intromisión de ninguna ley especial, y pueden —o incluso deben—mantener los convenios que hagan. En mi país, tenemos también leyes que fuerzan a determinadas personas a ceder una parte de sus tierras a cambio de una compensación fijada por el mismo gobierno, y que los propietarios, en muchos casos, creen ridículamente baja, cuando se compara con el precio del mercado del suelo. Otras personas —por ejemplo, los dueños de edificios, o de compañías comerciales, o de valores— son aún libres de hacer lo que quieran con su propiedad. El tribunal constitucional de Italia ha ratificado, recientemente, la validez de una ley que permite al gobierno pagar un precio nominal a los propietarios expropiados por las leyes de reforma agraria, basándose en que este precio se fijaba atendiendo al interés común del país (y, por supuesto, resulta muy difícil determinar qué es el «interés común»). Los teóricos, probablemente, podrían elaborar una serie de principios para explicar todo esto y hablar, por ejemplo, de un *jus subjectionis* de los propietarios, o de *jura eminentia*, o supremacía, por parte de los arrendatarios y de los funcionarios que fijan la cantidad a pagar a los propietarios expropiados. Pero las cosas siguen siendo como son: las diferentes personas no son tratadas de manera igual por la ley del país, considerada globalmente en el sentido a que Dicey se refería en su famoso libro.

A su vez, la posibilidad de la existencia de diversas leyes válidas en un mismo momento para diferentes clases de ciudadanos en un mismo país, leyes que les tratan de una manera distinta (el ejemplo más común es el de la imposición progresiva, de acuerdo con los ingresos de cada ciudadano, que se ha convertido en una característica general de la política fiscal de todos los países occidentales), se relaciona con el principio de la generalidad de la ley. No es fácil establecer qué es lo que convierte a una ley en general en comparación con otra. Uno se puede ingeniar para situar las leyes «generales» dentro de muchos «géneros», así como muchas «especies» dentro de un mismo «género».

Dicey consideró que «el espíritu legal» era un atributo especial de las instituciones inglesas. Todo el sistema político británico estaba basado, según él, en principios generales que derivaban «de decisiones judiciales que determinan los derechos de personas privadas en casos particulares llevados ante los tribunales». Comparaba esto con lo que ocurre en el continente (y, hubiera podido decir él, en los Estados Unidos), donde «la seguridad ofrecida a los derechos de los individuos resulta, o parece resultar, de los principios generales de la constitución», los cuales surgen a su vez de un decreto legislativo. Dicey, con su lucidez habitual, explicaba lo que quería decir con esto:

Si se pudieran aplicar las fórmulas de la lógica a las cuestiones jurídicas, la diferencia, en esta cuestión, entre la constitución de Bélgica y la de Inglaterra podría describirse con la afirmación de que, en Bélgica, los derechos individuales son

deducciones extraídas de los principios de la constitución, mientras que en Inglaterra los denominados principios de la constitución son inducciones o generalizaciones basadas en decisiones particulares falladas por los tribunales, en cuanto a los derechos de individuos concretos.[40]

Dicey afirmó también que, aunque «esto era, por supuesto, una diferencia formal» poco importante en sí misma, la evidencia histórica había revelado grandes diferencias prácticas. Así, por ejemplo, en el tiempo de la constitución francesa de 1791, que proclamaba una serie de derechos, mientras que «nunca había habido un período en los anales recopilados por la humanidad en que todos y cada uno de estos derechos se encontraran establecidos sobre bases más inseguras, incluso pudiera decirse que inexistentes, como en plena revolución francesa». La razón de estas diferencias entre los sistemas inglés y continental era, como Dicey indica, la escasa habilidad jurídica de los legisladores (y aquí Dicey parece hacerse eco de la bien conocida impaciencia de los jueces ingleses hacia el trabajo de las legislaturas), a quienes se requería para imaginar remedios que aseguraran el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos. Dicey no pensaba que esta habilidad fuera incompatible con las constituciones escritas como tales, y declaraba con admiración que «los estadistas de América han demostrado una habilidad sin igual en proporcionar medios para dar seguridad jurídica a los derechos declarados por las constituciones americanas», de manera que la *rule of law* constituía una característica de los Estados Unidos tanto como de Inglaterra.[41] Según Dicey, el ejercicio de los derechos individuales bajo la constitución inglesa era más cierto que bajo las constituciones continentales; y esta «certeza» se debía principalmentea la mayor habilidad jurídica de las gentes de habla inglesa para idear soluciones relacionadas con estos derechos.

La certeza es una característica que el profesor Hayek resalta también en su reciente análisis del ideal del «gobierno de la ley». Lo concibe de manera que sólo aparentemente difiere del de Dicey, si bien esta divergencia puede resultar muy importante en algunos aspectos.

Según el profesor Hayek,[42] la certeza de la ley es probablemente la exigencia más importante para las actividades económicas de la sociedad, y ha contribuido grandemente a la prosperidad del mundo occidental comparado con el oriental, en el que la certeza de la ley no se consiguió tan tempranamente. Pero no analiza qué es lo que el término «certeza» significa verdaderamente cuando se refiere a la ley. Este es un punto que necesita ser tratado con gran cuidado en una teoría de la *rule of law*, aunque ni Dicey ni el profesor Hayek ni, en realidad, casi ninguno de los expertos se ocupan con gran detalle de esta cuestión. Las diferentes acepciones de la expresión «la certeza de la ley» pueden constituir el fundamento mismo de la mayoría de los malentendidos entre los expertos continentales e ingleses en relación con el gobierno de la ley y con conceptos aparentemente similares, tales como el de

constitución escrita, *Rechtsstaaten*, etc. Dicey no poseía un concepto totalmente claro de lo que significaba para él la «certeza de la ley» cuando describió las características principales de la *rule of law*. Aparentemente, este hecho está relacionado con la ausencia de normas escritas —y por tanto, en cierto sentido, de normas ciertas— en la ley común tradicional nglesa, incluida la ley constitucional. Si la certeza estuviera conectada sólo con las normas escritas, ni la ley común ni esa parte de ella que puede denominarse ley constitucional resultarían en modoalguno ciertas. De hecho, muchos de los recientes ataques a la «incertidumbre » de la ley por parte de los juristas y científicos políticos de habla inglesa, y particularmente de los americanos que pertenecen a la llamada «escuela realista», se basan en un significado del término «certeza » que implica la existencia de una fórmula definitivamente escritacuyas palabras no deben ser cambiadas nunca por el lector. Esa impaciencia hacia la ley no escrita es hija del creciente número de estatutos de los sistemas jurídicos o políticos contemporáneos, y del peso cada vez mayor que se ha dado al derecho escrito en comparación con el fundado en sentencias (esto es, con la ley no escrita) en Inglaterra tantocomo en otros países de la Commonwealh británica y en los Estados Unidos de América.

La certeza de la ley está ligada a la idea de fórmulas escritas definitivamente, tales como las que los alemanes acostumbran llamar *Rechtssätze*, y también con el significado que el profesor Hayek atribuyeal término «certeza» en sus conferencias sobre la *rule of law*. Declara que incluso «la delegación de la capacidad legislativa a un tipo de autoridad no electiva no tiene por qué ser contraria a la *rule of law*, en tanto en cuanto esta autoridad esté obligada a exponer y publicarlas normas antes de su aplicación...». Añade que «el problema del inmoderado uso actual de la delegación no es que la capacidad de confeccionar leyes generales sea delegada, sino que las autoridades reciben de hecho un poder de ejercer coacción sin límites, ya que no se puede formular ninguna norma general para el ejercicio de los poderes en cuestión».[43]

Hay una especie de paralelismo entre lo que, según el profesor Hayek, carece de importancia en relación con el derecho administrativo o los tribunales administrativos y lo que es realmente esencial para él en el concepto de «certeza». Lo que importa, según él, es que el derecho administrativo sea administrado por tribunales *independientes*, sin consideración al hecho de que haya algo peculiar denominado «derecho administrativo» y sin que importe si los tribunales que lo administran sean especiales o no. De manera similar, el profesor Hayek cree que no puede surgir ningún inconveniente serio del hecho de que las normas vengan dadas por parlamentos o por alguna autoridad delegada, supuesto siempre que dichas normas sean legales, claras, y se publiquen por anticipado.

Las regulaciones generales promulgadas en el momento debido y dadas a conocer a todos los ciudadanos hace posible que éstos puedan prever lo que ocurrirá en el

terreno legal como consecuencia de su conducta, o, para usar las palabras del profesor Hayek: «como regla general, las circunstancias que están más allá de su campo visual [del individuo] no deben convertirse en un motivo de coacción para él».

Esta es con toda seguridad una interpretación clásica de la certeza de la ley. Se puede añadir también que es probablemente la más famosa, ya que sus diversas formulaciones se han encomiado desde los días de la antigua civilización griega, como prueban fácilmente algunas citas de la *Retórica* de Aristóteles. Cuando este filósofo alaba el gobierno de las leyes, muy probablemente piensa en aquellas normas generales, conocidas previamente por todos los ciudadanos, que se escribían en su tiempo en las paredes de los edificios públicos o en trozos especiales de madera o piedra, tales como los *kurbeis* que los atenienses utilizaban a este fin. El ideal de una ley escrita, concebida de una manera general y cognoscible para todos los ciudadanos de las pequeñas y gloriosas ciudades repartidas a lo largo de las costas del Mediterráneo y habitadas por pueblos de descendencia griega, es uno de los dones más preciados que los padres de la civilización occidental han transmitido a su posteridad. Aristóteles sabía bien el daño que una norma arbitraria, contingente e imprevisible (ya fuera un decreto aprobado por las turbas en el *ágora* ateniense, o la orden caprichosa de un tirano de Sicilia), podía producir a las personas corrientes y normales en su tiempo. Así, consideraba que las leyes, es decir, las normas generales promulgadas en términos precisos y cognoscibles para todo el mundo constituían una institución indispensable para los ciudadanos que deseaban ser llamados «libres», y Cicerón se hizo eco de este concepto aristotélico en su famosa sentencia de la *oratio pro Cluentio*: «omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus» («Si queremos seguir siendo libres, debemos obedecer todos la ley»).

Este ideal de certeza ha sido implantado y reforzado en el continente europeo a través de una larga serie de acontecimientos. El *corpus juris civilis* de Justiniano fue, durante varios siglos, el libro que incorporaba el ideal de la certeza de la ley, entendido como la seguridad de una ley escrita, tanto en los países latinos como en los germanos. Este ideal no fue repudiado, sino más bien realzado, en los siglos XVII y XVIII en la Europa continental, cuando los gobiernos absolutistas, como el difunto profesor Ehrlich señaló en su brillante ensayo sobre la lógica jurídica (*Juristische Logik*), desearon asegurarse de que sus jueces no alterarían el significado de sus normas. Todos sabemos lo que ocurrió durante el siglo XIX en la Europa continental. Todos los países europeos adoptaron códigos escritos y constituciones escritas, aceptando la idea de que las fórmulas expuestas con precisión podrían proteger a la gente de los abusos de cualquier clase de tiranos. Los gobiernos y los tribunales aceptaron la interpretación de la idea de la certeza de la ley en el sentido de la precisión de una fórmula escrita promulgada por los cuerpos legisladores. No fue ésta la única razón por la que la Europa continental adoptó códigos y constituciones, pero al menos fue una de las razones principales.

En breve, la idea continental de la certeza de la ley equivalía al concepto de una fórmula escrita expuesta con toda precisión. Esta idea de la certeza conllevaba ampliamente el sentido de *precisión*.

No resulta claro a primera vista si ésta era verdaderamente la noción que el pueblo inglés tenía de la certeza de la ley, ni si esta idea estaba verdaderamente implicada en su ideal de la *rule of law*. Volveremos a esta cuestión más adelante.

La noción griega o continental de la certeza de la ley corresponde en realidad al ideal de libertad individual formulado por los autores griegos que hablan del gobierno mediante leyes. Indudablemente, el gobierno por leyes es preferible al gobierno por decretos de los tiranos, o del populacho. Las leyes generales son siempre más previsibles que las órdenes particulares y súbitas, y si la previsibilidad de las consecuencias es una de las premisas inevitables de las decisiones humanas, es preciso concluir que, cuanto más previsibles hacen las normas generales, al menos en el plano legal, las consecuencias de las acciones individuales, más se puede considerar a esas acciones como «libres» de la interferencia de otras personas, incluidas las autoridades.

Desde este punto de vista, no podemos por menos de admitir que las normas generales, formuladas con precisión (tal y como puede hacerse cuando se adoptan normas escritas), constituyen un perfeccionamiento en comparación con las órdenes puntuales y los decretos imprevisibles de los tiranos. Pero, desgraciadamente, nada de esto asegura que estaremos verdaderamente «libres» de la interferencia de las autoridades. Podemos dejar, de momento, a un lado las cuestiones derivadas del hecho de que las normas pueden ser totalmente «ciertas», en el sentido que hemos descrito, esto es, formuladas con precisión, y al mismo tiempo ser tan tiránicas que nadie pueda considerarse «libre» cuando se ve obligado a comportarse de acuerdo con ellas. Pero existe otro inconveniente que resulta también de la adopción de estas leyes generales escritas, incluso cuando éstas nos conceden un amplio margen de «libertad» en nuestro comportamiento individual. El proceso habitual de formación de leyes en estos casos es el de la legislación

Pero el proceso legislativo no es algo que ocurre una vez por todas. Tiene lugar todos los días y continuamente progresa.

Esto es particularmente cierto en nuestro tiempo. En mi país, el proceso legislativo actual se refleja en cerca de 2.000 normas por año, y cada una de ellas puede constar de varios artículos. A veces, se encuentran docenas, o incluso cientos, de artículos en una misma norma. Muy a menudo, una norma entra en conflicto con otra. Hay una norma general en mi país según la cual, cuando dos normas particulares son mutuamente incompatibles por su contenido contradictorio, la más reciente anula la más antigua. Pero, según nuestro sistema, nadie puede saber con certeza si una norma ha de estar en vigor un año, o un mes, o incluso un día,

para ser abrogada por una nueva norma. Todas estas normas están formuladas con precisión y por escrito, de manera que ni los lectores ni los intérpretes puedan cambiarlas a su gusto. No obstante, todas ellas pueden desaparecer con tanta rapidez y tan bruscamentecomo aparecieron. El resultado es que, si dejamos fuera de nuestra consideración las ambigüedades del texto, disfrutamos siempre de «certeza» en cuanto se refiere al contenido literal de cada norma en un momento dado, pero *nunca estamos seguros* de que mañana existirán las mismas normas que hoy.

Esto es «la certeza de la ley» en el sentido griego o continental. No diré que ésta es una «certeza» en el sentido que se requiere para prever que el resultado de las acciones jurídicas adoptadas hoy estará libre de interferencia jurídica mañana. Este tipo de «certeza» tan alabado por Aristóteles y Cicerón no tiene, en último análisis, nada que ver con la certeza que necesitaríamos para ser verdaderamente «libres» en el sentido defendido por estos antiguos y gloriosos representantes de nuestra civilización occidental.

Sin embargo, no es éste el único significado de la expresión «certeza de la ley», tal como se utiliza y se entiende en Occidente. Hay otra acepción que está mucho más de acuerdo con el ideal de la *rule of law* tal como éste fue concebido por el pueblo inglés y el americano, al menos en los tiempos en que la *rule of law* constituía un ideal indudablemente asociado a la libertad individual, entendida ésta como libertad de interferencia por parte de cualquier otra persona, incluyendo a las autoridades.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo IV

La libertad y la certeza de la ley

La concepción griega de la certeza de la ley era la de una ley escrita. Aunque no estamos directamente interesados aquí en los problemas de investigación histórica, es interesante recordar que los griegos, especialmente en sus primeros tiempos, tuvieron también un concepto del derecho consuetudinario y, en general, del derecho no escrito. El mismo Aristóteles habla de este último. Éste no debería ser confundido con el concepto, más reciente, de la ley como un complejo de fórmulas escritas en el sentido técnico que el término *nomos* asumió durante los siglos V y IV antes de Cristo. Pero los antiguos griegos, en un periodo más maduro de su historia, llegaron a cansarse de su idea usual de la ley como algo escrito y promulgado por cuerpos legislativos tales como la asamblea popular ateniense.

El ejemplo de los antiguos griegos viene particularmente a cuento a este respecto, no sólo porque fueron los iniciadores de los sistemas políticos adoptados más tarde por los países occidentales, sino también porque casi todo el pueblo griego,

particularmente los atenienses, era partidario sincero de la libertad política, en un sentido perfectamente comprensible para nosotros y comparable con el nuestro. Lo que, por ejemplo, Tucídides hace decir a Pericles en su famosa oración fúnebre por los primeros soldados y marinos atenienses que cayeron en la guerra del Peloponeso podría repetirse casi literalmente por representantes modernos del ideal político de la libertad, tales como Jefferson, Tocqueville, John Stuart Mill, lord Acton o Spencer. Aún no se ha dicho la última palabra sobre la autenticidad de las fuentes utilizadas por Tucídides para reconstruir el discurso de Pericles. Pero aunque imaginemos que el mismo Tucídides escribió el discurso, y no Pericles, la autoridad de Tucídides en lo que se refiere al sentimiento de los atenienses y las condiciones de su tiempo no sería inferior a la de Pericles. En la mencionada oración fúnebre, Pericles, según la cita de Tucídides, utiliza estas palabras para describir el sistema político y civil ateniense a mediados del siglo V antes de Cristo:

Nuestra constitución no copia las leyes de los estados vecinos. Somos modelo para otros, y no imitadores. Nuestro gobierno favorece a los muchos en vez de a los pocos; por eso se llama democracia. Si ahora nos fijamos en las leyes, veremos que proporcionan justicia por igual a todos en sus disputas privadas; en cuanto a la posición social, el progreso en la vida pública deriva de la reputación de una buena capacidad, sin que permitamos que ninguna consideración de clase interfiera en el mérito. Tampoco la pobreza constituye un obstáculo en el camino. Si un hombre está capacitado para servir al Estado, la oscuridad de su condición no se lo impedirá. La libertad de que disfrutamos en nuestro gobierno se extiende también a nuestra vida diaria. En ésta, lejos de ejercer una celosa vigilancia los unos sobre los otros, no caemos en la tentación de irritarnos con nuestro vecino porque hace lo que le gusta, o incluso de dejar escapar esas miradas airadas que, aunque no inflijan de por sí un castigo, no pueden por menos de ofender. Pero esta flexibilidad en nuestras relaciones privadas no nos convierte en ciudadanos licenciosos. Contra esto, nuestra mejor salvaguardia es el miedo, que nos enseña a obedecer a los magistrados y a las leyes, especialmente las que garantizan la protección de los perjudicados, sean éstas escritas, o pertenezcan a ese código que, aunque no esté escrito, no se puede transgredir sin ignominia.[44]

Esta idea griega de la libertad, reflejada en la oración de Pericles, es totalmente similar a nuestra actual idea de libertad como un máximo de independencia de la coacción ejercida por otros, incluidas las autoridades, sobre nuestro comportamiento individual. La añeja opinión de algunos especialistas, como Fustel de Coulanges, de que los antiguos griegos no dieron al término «libertad» un sentido similar al que nosotros le damos hoy en la mayor parte de los casos, se ha corregido en los últimos tiempos. Hay, por ejemplo, un libro titulado *El temperamento liberal en la política griega* (1957), escrito por un estudioso canadiense, el profesor Erik A. Havelock, con el propósito de poner en evidencia la espléndida contribución que muchos pensadores griegos menos famosos que Platón y Aristóteles hicieron al

ideal de la libertad política, como idea contraria a la esclavitud en cualquiera de los sentidos de la palabra. Una de las conclusiones que resultan del libro es que la libertad griega no era «libertad de necesidades», sino *libertad frente a los hombres*. Como señalaba Demócrito en un fragmento que se ha conservado hasta hoy, «la pobreza en la democracia debe preferirse a lo que una oligarquía llama prosperidad, como la libertad debe preferirse a la esclavitud». Libertad y democracia están en primer lugar en esta escala de valores; la prosperidad viene después. Apenas puede dudarse de que ésta era también la escala de valores de los atenienses. Desde luego, era la escala de valores de Pericles y de Tucídides. En la oración fúnebre leemos también que los atenienses que murieron en la guerra debían ser tomados como modelos por sus conciudadanos, quienes, «en la idea de que la felicidad es fruto de la libertad, y la libertad fruto del valor, no eludirían nunca los peligros de la guerra».[45]

La legislación correspondía a las asambleas legislativas populares, y las normas generales promulgadas en forma escrita por estas asambleas resaltaban frente a las órdenes arbitrarias de los tiranos. Pero los griegos, especialmente los atenienses, comprenderían, en la segunda mitad del siglo V y en el siglo IV antes de Cristo, los graves inconvenientes de un proceso legislativo por el cual todas las leyes eran *ciertas* (esto es, formuladas con precisión por escrito), pero *nadie tenía la seguridad de que una ley hoy válida continuaría siéndolo mañana*, sin que otra ley la abrogase o modificase. La reforma de Tisamenes de la constitución ateniense a finales del siglo V nos ofrece un ejemplo de un remedio contra este inconveniente que los científicos políticos y los políticos de hoy deberían estudiar cuidadosamente. Se introdujo entonces en Atenas un procedimiento rígido y complejo para disciplinar las innovaciones legislativas. Todo proyecto de ley propuesto por un ciudadano (en la democracia directa ateniense, cualquier persona que pertenecía a la asamblea legislativa general tenía derecho a presentar un proyecto de ley, mientras que en Roma sólo los magistrados elegidos podían hacerlo) era estudiado detenidamente por un comité especial de magistrados (*nomotetai*), cuya tarea era precisamente la de defender la legislación previa contra la nueva propuesta. Por supuesto, los proponentes podían argumentar libremente ante la asamblea legislativa general contra los *nomotetai* para defender sus propias propuestas, de manera que, en conjunto, la discusión tenía que basarse más en una comparación entre la ley antigua y la nueva que en un simple discurso en favor de esta última.

Pero esto no era todo. Aun cuanto la propuesta de ley acabara siendo aprobada por la asamblea, el proponente era responsable de su propuesta si otro ciudadano, actuando como demandante del proponente, podía probar, una vez que la ley había sido aprobada por la asamblea, que la nueva legislación estaba marcada por graves defectos o en irremediable contradicción con leyes más antiguas aún válidas en Atenas. En este caso, el proponente de la ley podía ser legítimamente sometido a juicio, y los castigos podían llegar a ser graves, incluso la condena a muerte, si bien,

como norma, los proponentes que fracasaban sufrían sólo multas. Esto no es una leyenda. Conocemos muy bien todos estos pasos a través de la acusación de Demóstenes contra uno de estos desgraciados proponentes denominado Timócrates. Este sistema de multar a los proponentes de una legislación inadecuada no estaba en oposición con la democracia, si con esta palabra queremos significar un régimen en el que el pueblo es soberano, y si admitimos que la soberanía significa también irresponsabilidad, como lo significa en muchas interpretaciones históricas.

No hay más remedio que deducir que la democracia ateniense, a finales del siglo V y durante el siglo IV antes de Cristo, no estaba satisfecha de la noción de que la certeza de la ley pudiera equipararse simplemente con la de una fórmula escrita muy precisa.

Mediante la reforma de Tisamenes, los atenienses descubrieron al fin que no podían estar libres de interferencia del poder político simplemente obedeciendo las leyes de hoy; que necesitaban también estar capacitados para prever las consecuencias de sus acciones según las leyes de mañana.

Esta es, de hecho, la principal limitación de la idea de que la certeza de la ley se puede identificar simplemente con la formulación precisa por escrito de la norma, sea ésta general o no.

Pero la idea de la certeza de la ley no sólo tiene el sentido antes mencionado en la historia de los sistemas políticos y jurídicos occidentales. Se ha entendido también en un sentido completamente diferente.

La certeza de la ley, en el sentido de una fórmula escrita, se refiere a un estado de cosas inevitablemente condicionado por la posibilidad de que la ley actual puede ser reemplazada en cualquier momento por otra. Cuanto más intenso y acelerado sea el proceso legislativo, más incierto resultará el problema de la duración de la legislación presente. Además, nada puede impedir que una ley que en el sentido antes indicado es cierta resulte imprevisiblemente alterada por otra ley igualmente «cierta».

Por tanto, la certeza de la ley, en este sentido, podría ser calificada de certeza a *corto plazo* de la ley. De hecho, parece haber un sorprendente paralelismo hoy en día entre las disposiciones a corto plazo en cuestiones de política económica y la certeza a corto plazo de las leyes promulgadas para asegurar esas disposiciones. De una manera más general, los sistemas jurídicos y políticos de casi todos los países, hoy en día, podrían definirse a este respecto como sistemas a corto plazo, en contraste con algunos de los sistemas clásicos a largo plazo del pasado. El famoso aforismo de lord Keynes de que «a largo plazo todos estaremos muertos» podría adoptarse como lema de la época actual por los historiadores futuros. Quizá nos hemos ido acostumbrando cada vez más a esperar resultados inmediatos del progreso enorme y sin precedentes en los medios técnicos y en los artificios

científicos desarrollados para realizar muchos tipos distintos de tareas y para conseguir diferentes resultados en cuestiones materiales. Indudablemente, este hecho ha creado en muchas personas —que ignoran, o pretenden ignorar, las diferencias— la expectativa de resultados inmediatos también en otros campos y en relación con otras cuestiones que no dependen en absoluto del progreso tecnológico-científico.

Recuerdo una conversación que tuve con un hombre ya anciano que cultivaba plantas en mi país. Le pedí que me vendiera un árbol ya crecido para mi jardín privado. Contestó: «Todo el mundo quiere hoy árboles grandes. La gente los quiere inmediatamente; no les importa que los árboles crezcan lentamente y que se necesite mucho tiempo y mucho trabajo para cultivarlos. Todo el mundo hoy tiene prisa», concluyó tristemente, «yo no sé por qué.»

Lord Keynes podría haberle dicho la razón: la gente piensa que a largo plazo todos estarán muertos. Esta misma actitud puede apreciarse también en relación con el declive general de las creencias religiosas que tantos sacerdotes y pastores lamentan hoy. Las creencias religiosas cristianas acostumbraban a resaltar no la vida presente del hombre, sino una vida futura. Cuanto menos creen hoy las personas en esa vida futura, tanto más se aferran a la vida presente y, creyendo que la vida individual es breve, siempre tienen prisa. Esto ha originado una gran secularización de las creencias religiosas en el momento actual, tanto en Occidente como en Oriente, de manera que incluso una religión tan indiferente a este mundo como el budismo está recibiendo hoy por parte de algunos de sus defensores un significado «social» mundano, si no de hecho «socialista». Un escritor americano contemporáneo, Dagobert Runes, dice en su libro sobre la contemplación: «Las iglesias han perdido el toque de la divinidad y se dedican a las reseñas de libros y a la política.»[46]

Esto puede ayudar a explicar por qué se presta hoy tan poca atención a un concepto a largo plazo de la certeza de la ley, o incluso a cualquier concepto a largo plazo que se relacione con la conducta humana. Naturalmente, esto no significa que los sistemas a corto plazo sean, de hecho, más eficientes que los a largo plazo para conseguir las finalidades que la gente pretende obtener inventando, por ejemplo, una nueva y milagrosa política de pleno empleo, o una disposición legal sin precedentes, o simplemente pidiendo a los viveros árboles grandes para sus jardines.

El concepto del corto plazo no es la única noción de la certeza de la ley que la historia de los sistemas políticos y jurídicos en los países occidentales exhiben a un estudioso que tenga suficiente paciencia para llegar a reconocer los principios que subyacen a las instituciones.

Esto no era así antiguamente. Aunque Grecia, hasta cierto punto, pudiera ser descrita por los historiadores como un país con una ley escrita, es dudoso que esto

fuera cierto en la antigua Roma. Probablemente, estamos tan acostumbrados a pensar en el sistema jurídico romano en términos del *corpus juris* de Justiniano, esto es, de un libro de leyes escritas, que no podemos comprender cómo funcionaba verdaderamente el derecho romano. Muchas normas de derecho romano no se debían a ningún proceso legislativo. El derecho privado romano, que los romanos denominaban *jus civile*, estuvo prácticamente fuera del alcance de los legisladores durante la mayor parte de la historia de la República y del Imperio romanos. Especialistas eminentes, como los profesores italianos Rotondi y Vincenzo Arangio Ruiz, y el jurisconsulto inglés W.W. Buckland, hacen notar repetidamente que «las nociones fundamentales, el esquema general del derecho romano, debe buscarse en el derecho civil, en una serie de principios, gradualmente desarrollados y refinados por una jurisprudencia que se extendió durante muchos siglos con escasa interferencia por parte del cuerpo legislativo ».[47] Buckland observa también, probablemente basado en los estudios de Rotondi, que «de los muchos cientos de *leges* (normas) de los que se conservan testimonios, no más de unas 40 tenían importancia en el derecho privado», de manera que, al menos en la era clásica del derecho romano, «la norma, en cuanto concierne al derecho privado, ocupa sólo una posición muy subordinada».[48]

Es evidente que esto no era el resultado de una falta de habilidad de los romanos para idear normas. Disponían de muchos tipos de normas: las *leges*, los *plebiscita* y los *senatus consulta*, aprobados respectivamente por el pueblo o por el Senado, y también tenían a su disposición distintos tipos de *leges*, tales como las *leges imperfectae*, las *minusquamperfectae* y las *plusquamperfectae*. Pero, como norma, reservaban la ley escrita para un campo en que los cuerpos legislativos estaban directamente autorizados a intervenir, a saber, el derecho público, *quod ad rem romanam spectat*, relacionado con el funcionamiento de las asambleas políticas, del Senado, de los magistrados, es decir, de sus funcionarios gubernamentales. El derecho escrito era, para los romanos, fundamentalmente la ley constitucional o el derecho administrativo (y también el derecho criminal), y sólo indirectamente se relacionaba con la vida privada y los negocios privados de los ciudadanos.

Esto quería decir que siempre que surgía un debate entre ciudadanos romanos acerca de sus derechos o sus deberes, en relación con un contrato por ejemplo, muy raramente podían basar sus reclamaciones en un estatuto, en una norma escrita formulada con precisión, y por tanto cierta en el sentido griego o a corto plazo de la palabra. Así, uno de los más eminentes historiadores contemporáneos del derecho romano y de la ciencia jurídica romana, el profesor Fritz Schulz, ha señalado que la certeza (en el sentido a corto plazo) era desconocida en el derecho civil romano. Esto no significa en absoluto que los romanos no estuvieran en la situación de hacer planes sobre las futuras consecuencias jurídicas de sus acciones. Todo el mundo conoce el enorme desarrollo de la economía romana, y apenas es necesario referirnos aquí al imponente trabajo de Rostovtzeff sobre este tema.

Por otro lado, los investigadores del derecho privado romano saben muy bien que, como dice el profesor Schulz, «el individualismo del liberalismo helenístico hizo que el derecho privado se desarrollase sobre la base de la libertad y el individualismo».[49] De hecho, la mayoría de nuestros códigos continentales contemporáneos, como el francés, el italiano y el alemán, se escribieron de acuerdo con las normas del derecho romano registradas en el *corpus juri*s de Justiniano. Algunos reformadores socialistas las han criticado de «burguesas». Las llamadas «reformas» sociales en los países europeos de hoy en día se pueden llevar a cabo, si acaso, sólo modificando o aboliendo normas que, muy a menudo, se retrotraen a las del antiguo derecho romano privado.

Así, los romanos disfrutaban de una ley suficientemente cierta como para permitir a los ciudadanos, de una manera libre y segura, hacer planes para el futuro, y esto sin que fuera en absoluto una ley escrita, esto es, una serie de normas formuladas con toda precisión, comparables a las de un estatuto escrito. El jurista romano era una especie de científico: los objetos de su investigación eran las soluciones de casos que los ciudadanos le sometían a estudio, lo mismo que los industriales pueden hoy someter a un físico o a un ingeniero un problema técnico relacionado con sus fábricas o su producción. Por eso, el derecho privado romano era algo que había que describir o descubrir, no promulgar; un mundo de cosas que estaban ahí, formando parte de la herencia común de todos los ciudadanos romanos. Nadie promulgaba esa ley; nadie la podía cambiar porque así le apetecía. Esto no suponía que no hubiera cambios, pero sí que nadie se acostaba por la noche planificando su vida de acuerdo con los dogmas actuales para levantarse a la mañana siguiente y encontrarse con que esas normas habían sido modificadas por una innovación legislativa.

Los romanos aceptaron y aplicaron un concepto de la certeza de la ley que podría describirse como la noción de que la ley no debe estar sometida nunca a cambios súbitos e imprevisibles. Además, la ley nunca debería someterse, como norma, a la voluntad arbitraria o al poder arbitrario de una asamblea legislativa, o de cualquier persona, incluidos los senadores y otros magistrados conspicuos del Estado. Este es el concepto a largo plazo o, si se prefiere, el concepto romano de la certeza de la ley.

Este concepto era ciertamente esencial a la libertad de que los ciudadanos romanos, habitualmente, disfrutaban en sus negocios y en su vida privada. Hasta cierto punto, situaba las relaciones jurídicas entre los ciudadanos a un nivel muy similar a aquel en que el mercado libre pone sus relaciones económicas. La ley, globalmente, no estaba menos libre de coacción que el propio mercado. De hecho, no puedo concebir un mercado verdaderamente libre si, a su vez, no hunde sus raíces en un sistema jurídico libre de la interferencia arbitraria (esto es, abrupta e imprevisible) de las autoridades o de cualquier otra persona en el mundo.

Algunos podrían objetar que el sistema jurídico romano tenía que estar basado en el sistema constitucional romano y, por tanto, si no directamente, sí indirectamente, la libertad romana en los negocios y en la vida privada estaba, de hecho, basada en la ley escrita. Ésta, podría argumentarse, estaba sometida en último análisis a la voluntad arbitraria de los senadores o de las asambleas legislativas, tales como los *comitia* o los *concilia plebis*, para no mencionar a los ciudadanos de alto rango que, como Sila, o Mario, o César, de tiempo en tiempo ganaron el control de todas las cosas y, consiguientemente, disfrutaron del poder real de trastornar la constitución.

Los estadistas y los políticos romanos, sin embargo, eran siempre muy cautos a la hora de utilizar su poder legislativo para interferir en la vida privada de los ciudadanos. Incluso dictadores como Sila se comportaron con mucha prudencia a este respecto, y probablemente habrían considerado la idea de trastornar el *jus civile* como algo casi tan inverosímil como un dictador moderno consideraría la idea de subvertir las leyes físicas.

Es verdad que los hombres como Sila se esforzaron por cambiar la constitución romana en muchos aspectos. El mismo Sila intentó tomar venganza de las poblaciones italianas y de las ciudades que, como Arretium o Volaterrae, habían apoyado a su principal enemigo Mario, forzando a las asambleas legislativas romanas a promulgar leyes que, bruscamente, privaban a los habitantes de estas ciudades del j*us civitatis*, esto es, de la ciudadanía romana y todos los privilegios que implicaba. Sabemos todo esto por uno de los discursos de Cicerón en favor de Cecina, pronunciado por el mismo Cicerón ante un tribunal romano. Pero también sabemos que Cicerón ganó su causa argumentando que la ley promulgada por Sila no era legítima, ya que ninguna asamblea legislativa podía, mediante un estatuto, privar a un ciudadano romano de su ciudadanía, como tampoco podía, por ningún estatuto, privar a un ciudadano romano de su libertad. La ley promulgada por Sila fue un estatuto, aprobado formalmente por el pueblo, del tipo que los romanos solían llamar *lex rogata*, esto es, un estatuto cuya aprobación había sido solicitada y obtenida de una asamblea popular por un magistrado elegido a través de un proceso legal legítimo. Cicerón nos dice, a este respecto, que todas las propuestas de ley destinadas a convertirse en derecho escrito contenían habitualmente, desde tiempos muy antiguos, unas cláusulas cuyo significado, aunque no enteramente comprensible para tiempos posteriores, se relacionaba claramente con la posibilidad de que el contenido de la propuesta, si llegaba a convertirse en un estatuto, pudiera no ser legal: *Si quid jus non esset rogarier, eius ea lege nihilum rogatum* («Si en esta propuesta de ley cuya aprobación solicito de vosotros», decía el magistrado a la asamblea legislativa del pueblo romano, «hay algo que no sea legal, vuestra aprobación se considerará como no solicitada»).

Esto parece probar que había estatutos que podían ser contrarios a la ley, y que los estatutos del tipo de aquellos que privaban a los ciudadanos de su libertad o de

su ciudadanía no se consideraban legales en los tribunales romanos.

Si Cicerón está en lo cierto, podemos deducir que la ley romana estaba limitada por un concepto de legitimidad sorprendentemente similar al expuesto por Dicey en relación con la *rule of law* inglesa.[50]

De acuerdo con el principio inglés de la *rule of law*, que está estrechamente relacionado con la historia total del derecho consuetudinario, las normas no son realmente el resultado del ejercicio de la voluntad arbitraria de personas particulares. Son el objeto de la investigación desapasionada de los tribunales judiciales, lo mismo que las normas en Roma eran el objeto de una investigación desapasionada de los jurisconsultos romanos a quienes los litigantes sometían sus casos. Hoy en día se considera anticuado defender que los tribunales de justicia *describen* o *descubren* la solución correcta de un litigio, en la forma en que sir Carleton Kemp Allen señaló en su libro, justamente famoso y estimulante, *Law in the Making*. La actual «escuela realista», si por un lado presupone que en este proceso de descubrimiento se revelan todo tipo de deficiencias, se complace por otro lado en concluir que el trabajo de los jueces del derecho consuetudinario no era, ni es, más objetivo, y sí menos patente al público, que el de los legisladores. De hecho, habría que decir de esta cuestión muchas más cosas de las que es posible mencionar aquí. Sin embargo, no se puede negar que la actitud de los jueces del derecho consuetudinario hacia las *rationes decidendi* de sus casos (esto es, los fundamentos de sus decisiones) ha sido siempre mucho menos la de un legislador que la de un estudioso que, en lugar de intentar cambiar las cosas, pretende indagarlas. No niego que los jueces del derecho consuetudinario, a veces, pueden haber escondido deliberadamente su deseo de disponer una cierta cosa de una determinada manera, bajo pretexto de un supuesto enunciado sobre una norma ya existente de la ley del país. El más famoso de estos jueces en Inglaterra, sir Edward Coke, no está exento de esta sospecha, y me atrevo a decir que el más famoso de los jueces americanos, el presidente de la Corte Suprema, Marshall, se puede comparar a este respecto con su celebrado predecesor en la Inglaterra del siglo XVII.

Lo que quiero decir es simplemente que los tribunales de judicatura no podían promulgar fácilmente normas arbitrarias por sí mismos en Inglaterra, ya que nunca estuvieron en situación de hacerlo directamente, es decir, de la manera repentina, de amplia repercusión e imperiosa, habitual a los legisladores. Además, había tantos tribunales de justicia en Inglaterra, y estaban tan celosos los unos de los otros, que incluso el famoso principio del precedente vinculante no se reconoció abiertamente como válido hasta hace relativamente poco tiempo. Por otra parte, nunca podían decidir sobre algo si no había sido previamente llevado ante ellos por personas privadas. Por último, eran relativamente pocas las personas que acostumbraban acudir a los tribunales para consultarles sobre las normas que decidían sus litigios. Como resultado, la situación de los jueces era más la de espectadores que la de

actores en el proceso de formación de la ley, y además, de espectadores a los que no se permitía ver todas las cosas que ocurrían en la escena. Los ciudadanos privados estaban en la escena; el derecho consuetudinario consistía fundamentalmente en aquello que ellos pensaban comúnmente que era legal. Los ciudadanos comunes eran los auténticos actores a este respecto, lo mismo que ahora siguen siendo los verdaderos actores en la formación del lenguaje y, al menos parcialmente, en las transacciones económicas en los países occidentales. Los gramáticos que compendian las reglas de un lenguaje, o los estadísticos que registran los precios o las cantidades de los bienes intercambiados en el mercado de un país, podrían ser descritos de manera más adecuada como simples espectadores de lo que está ocurriendo a su alrededor que como los encargados de erigir las pautas de actuación de sus conciudadanos en lo que concierne al lenguaje ya la economía.

La creciente importancia del proceso legislativo en la era presente ha oscurecido inevitablemente, tanto en el continente europeo como en los países de habla inglesa, el hecho de que la ley es simplemente un complejo de normas relativas a la conducta de las personas normales. No hay ninguna razón para considerar estas normas de conducta como algo muy diferente de otras normas de comportamiento en las que la interferencia del poder político ha sido excepcional, si es que alguna vez se ha ejercido. Cierto que, en la era presente, el lenguaje parece ser la única cosa que la gente común ha podido conservar para sí misma y proteger de la interferencia política, al menos en el mundo occidental. En la China roja de hoy, por ejemplo, el gobierno está realizando un esfuerzo violento para cambiar la escritura tradicional, y una interferencia similar ha tenido lugar ya, con éxito, en ciertos países de Oriente, tales como Turquía. Así, en muchas naciones, las personas han olvidado casi enteramente los días en que los billetes de banco, por ejemplo, los emitía no sólo un banco gubernamental, sino también cualquier banco privado. Además, muy pocas personas saben hoy que en otros tiempos la fabricación de monedas constituía un negocio privado, y que los gobiernos se limitaban a proteger a los ciudadanos contra las malas artes de los falsificadores, simplemente certificando la autenticidad y el peso de los metales empleados. Una tendencia similar en la opinión pública se hace notar en relación con las empresas públicas. En la Europa continental, donde los ferrocarriles y los telégrafos han sido monopolizados por los gobiernos desde hace mucho tiempo, muy pocos, incluso entre las personas cultas, imaginan hoy que en Estados Unidos los ferrocarriles y las comunicaciones telegráficas son negocios privados, de la misma manera que lo son los cines, los hoteles o los restaurantes. Nos hemos acostumbrado cada vez más a considerar el proceso legislativo como una cuestión que concierne a las asambleas legislativas, más bien que a los hombres ordinarios de la calle, y, además, como algo que se puede hacer de acuerdo con las ideas personales de ciertos individuos, siempre que éstos estén en una posición oficial para hacerlo así. Apenas si se aprecia hoy, incluso entre la élite culta, el hecho de que el proceso legislativo es, o

era, esencialmente una cuestión privada que concernía a millones de personas durante docenas de generaciones, y durante varios siglos.

Se dice que los romanos apenas sentían afición hacia las consideraciones históricas y sociológicas. Pero tenían una idea perfectamente clara del hecho que acabo de mencionar. Por ejemplo, según Cicerón, Catón el Censor, el campeón del tipo de vida tradicionalmente romano contra el extranjero importado de fuera (esto es, el griego), acostumbraba a decir que

el motivo por el que nuestro sistema político fue superior a los de todos los demás países era éste: los sistemas políticos de los demás países habían sido creados introduciendo leyes e instituciones según el parecer personal de individuos particulares, tal como Minos en Creta y Licurgo en Esparta, mientras en Atenas, donde el sistema político se había cambiado varias veces, hubo muchas de estas personas, por ejemplo Teseo, Dracón, Solón, Clistenes y varios otros... En cambio, nuestro estado no se debe a la creación personal de un hombre, sino de muchos. No ha sido fundado durante la vida de un individuo particular, sino a través de una serie de siglos y generaciones. Porque, decía, no ha habido nunca en el mundo un hombre tan inteligente como para preverlo todo, e incluso si pudiéramos concentrar todos los cerebros en la cabeza de un mismo hombre, le sería a éste imposible tener en cuenta todo al mismo tiempo, sin haber acumulado la experiencia que se deriva de la práctica en el transcurso de un largo periodo de la historia.[51]

Por cierto que estas palabras nos recuerdan los términos, mucho más famosos, pero no más impresionantes, empleados por Burke para justificar su punto de vista conservador del Estado. Pero las palabras de Burke tenían un cierto tono místico que no encontramos en las desapasionadas consideraciones del antiguo estadista romano. Catón se limita a señalar hechos, sin intentar persuadir a nadie, y los hechos que hace notar deben aportar gran peso a todos aquellos que conocen algo de la Historia.

El proceso legislativo, así dice Catón, no es verdaderamente el de un individuo particular, ni el de una asociación de cerebros de una cierta época o de una generación. Si se piensa que sí lo es, los resultados serán peores de los que se tendrían si no se olvidara lo que acabo de decir. Piénsese en el destino de las ciudades griegas y compárese con el nuestro. Uno quedará convencido. Esta es la lección —yo diría que incluso el mensaje— de un estadista del que, por lo común, no sabemos más que lo que aprendimos en la escuela, es decir, que era un hombre terriblemente aburrido, que insistía continuamente en que había que matar a los cartagineses y arrasar su ciudad.

Es interesante señalar que cuando los economistas contemporáneos, por ejemplo Ludwig von Mises, critican la planificación económica central, porque es imposible que las autoridades puedan calcular bien las necesidades y las potencialidades reales

de los ciudadanos, toman una posición que nos recuerda la de este antiguo estadista romano. El hecho de que las autoridades centrales, en una economía totalitaria, carezcan de conocimientos suficientes de los precios del mercado cuando hacen sus planes económicos es sólo un corolario del hecho de que a las autoridades centrales les falta siempre suficiente conocimiento del infinito número de elementos y factores que contribuyen a las interrelaciones sociales de los individuos, en cualquier tiempo y a cualquier nivel. Las autoridades nunca pueden saber con certeza que lo que están haciendo es de verdad lo que la gente quiere que hagan, lo mismo que la gente no puede estar nunca segura de que lo que quieren hacer no vaya a ser interferido por las autoridades, si éstas son las que dirigen todo el proceso legislativo del país.

Incluso los economistas que han defendido más brillantemente el mercado libre contra la interferencia de las autoridades han solido descuidar la consideración paralela de que ningún mercado libre es realmente compatible con el proceso legislativo centralizado por las autoridades. Esto lleva a algunos de esos economistas a aceptar una idea de la certeza de la ley, esto es, de unas normas formuladas con precisión, similares a las de la ley escrita, que no es compatible ni con la de un mercado libre ni, en último análisis, con la de la libertad, entendida como la ausencia de coacción ejercida por otras personas, incluidas las autoridades, sobre la vida privada y los negocios de cada individuo.

Puede parecer indiferente para algunos defensores del mercado libre el que las normas sean promulgadas por asambleas legislativas o por jueces, e incluso se puede defender el mercado libre y sentirse inclinado a pensar que las normas promulgadas por los cuerpos legislativos son preferibles a las *rationes decidendi*, elaboradas con cierta imprecisión por una larga serie de jueces. Pero si se busca una confirmación histórica de la estrecha conexión entre el mercado libre y el proceso legislativo libre, es suficiente observar que el mercado libre alcanzó su nivel más alto en los países de habla inglesa cuando el derecho consuetudinario constituía prácticamente la única ley del país respecto a la vida privada y los negocios. Por otro lado, fenómenos como los actuales decretos de interferencia gubernamental en el mercado están siempre ligados con un incremento del derecho escrito y con lo que ha sido llamado en Inglaterra la «burocratización» de los poderes judiciales, como la historia contemporánea prueba con toda claridad.

Si admitimos que la libertad individual en los negocios, esto es, el mercado libre, es una de las características esenciales de la libertad política, concebida como ausencia de coacción ejercida por otras personas, incluidas las autoridades, debemos concluir también que la legislación en materia de derecho privado es fundamentalmente incompatible en la sociedad con la libertad individual en el sentido antes mencionado.

La idea de la certeza de la ley no puede depender de la idea de la legislación si

«la certeza de la ley» se entiende como uno de los caracteres esenciales de la *rule of law* en el sentido clásico de la expresión. Así, pienso que Dicey actuaba con perfecta lógica al suponer que la *rule of law* implica el hecho de que las decisiones judiciales estén en la misma base de la constitución inglesa, y al comparar este hecho con el proceso opuesto del continente, donde las actividades legales y judiciales parecen estar fundamentadas en los principios abstractos de una constitución legislada.

La certeza, en el sentido de una certeza a largo plazo de la ley, era precisamente lo que Dicey, más o menos claramente, tenía en el pensamiento cuando dijo, por ejemplo, que mientras todas y cada una de las garantías que las constituciones continentales proporcionaban a los ciudadanos en cuanto a sus derechos podían ser suspendidas o arrebatadas por un poder situado por encima de la ley ordinaria del país, en Inglaterra, «al estar basada la constitución en la *rule of law*, la suspensión de la constitución, en cuanto una cosa así puede concebirse, supondría... nada menos que una revolución».[52]

El hecho de que precisamente esta revolución está teniendo lugar ahora no contradice, sino más bien confirma, la teoría de Dicey. En Inglaterra está ocurriendo una revolución, debido al gradual derrumbamiento de la ley del país a través del derecho escrito y a la conversión de la *rule of law* en algo que cada vez se parece más al *état de droit* continental, esto es, a una serie de normas cuya *certeza* deriva sólo del hecho de que están escritas y son *generales*, y no de una creencia común de los ciudadanos sobre ellas, ya que han sido decretadas por un grupo reducido de legisladores.

En otras palabras, la ley impersonal del país está cayendo más y más bajo el control del soberano en Inglaterra, precisamente como lo habían propugnado Hobbes y, más tarde, Bentham y Austin, en contra de la opinión de los jurisconsultos ingleses de su tiempo.

Sir Matthew Hale, discípulo brillante de sir Edward Coke y sucesor suyo como presidente de sala, escribió hacia el final del siglo XVII, en defensa de su maestro, contra la crítica que Hobbes había elaborado en su *Dialogue on the Common Law*, obra poco conocida. Hobbes defendía, a su manera típicamente científica, que la ley no es un producto de la «razón artificial», como Coke había dicho, y que todo el mundo podía establecer reglas jurídicas generales simplemente haciendo uso de la razón común a todos los hombres. «Si bien es cierto que ningún hombre nace con uso de razón, sin embargo todos los hombres», decía Hobbes, «pueden llegar a adquirirla al crecer, tal y como la adquieren los abogados; y cuando aplican su razón a las leyes... pueden ser tan aptos y estar tan capacitados para la judicatura como el propio sir Edward Coke.»[53] Es sorprendente que Hobbes considerara este argumento compatible con su afirmación de que «nadie que no sea el poder legislativo puede hacer una ley». La disputa entre Hobbes, por un lado, y Coke y

Hale, por otro, es muy interesante en relación con cuestiones metodológicas muy importantes que surgen de la comparación del trabajo de los juristas con el de otros tipos de personas, tales como los físicos o los matemáticos. Oponiéndose a Hobbes, sir Matthew Hale hacía notar que es inútil comparar la ciencia jurídica con otras ciencias, tales como las «ciencias matemáticas », ya que para «la ordenación de las sociedades civiles y la medida de lo que está bien y lo que está mal», no sólo es necesario poseer nociones generales correctas, sino que también es preciso aplicarlas correctamente en casos particulares (que es, por cierto, precisamente lo que pretenden hacer los jueces). Hale argumentaba:

Los que se complacen a sí mismos en la persuasión de que pueden estructurar un sistema infalible de leyes jurídicas y políticas [esto es, podríamos decir, constituciones y legislación escritas], aplicable a todos los estados [esto es, condiciones] con la misma evidencia y armonía con que Euclides demuestra sus conclusiones, se engañan a sí mismos con ideas que resultan ineficaces cuando llega el momento de aplicarlas a casos particulares.[54]

Una de las observaciones más notables que hizo Hale revela la clara conciencia que él y Coke tenían de la exigencia de certeza, en el sentido de seguridad a largo plazo de la ley:

Es irracional y desatinado encontrar defectos en una institución porque se piensa que se podía haber hecho algo mejor, o creer que una demostración matemática demostrará la justicia de una institución o su evidencia... Una de las cosas más importantes de la profesión del derecho común es aproximarse lo más posible a la *certeza* de la ley y a su conformidad consigo misma, de manera que cualquier tribunal y en cualquier tiempo se pronuncie de la misma manera y camine por la misma senda legal, con una norma tan uniforme como sea posible; pues, en caso contrario, lo que en todo lugar y en todo tiempo se ha defendido en la ley, a saber, su *certeza* [la cursiva es mía] y la posibilidad de evitar arbitrariedades y extravagancias que no podrían por menos de presentarse si las razones de los jueces y letrados se pierden de vista, desaparecerían en menos de medio siglo. Y esta conservación de las leyes dentro de sus límites y fronteras no podría existir si los hombres no están bien informados por estudios y lecturas acerca de lo que fueron los dictámenes, las resoluciones y las decisiones e interpretaciones de los tiempos pasados.[55]

Sería difícil asociar más clara y decididamente el concepto de certeza al de uniformidad de las leyes a través del tiempo, y el de continuidad al trabajo modesto y limitado de los tribunales judiciales, en vez de al de los cuerpos legislativos.

Esto es exactamente lo que quiere decir *la certeza a largo plazo de la ley*, y es incompatible, en último análisis, con la certeza a corto plazo implicada en la identificación de la ley con la legislación.

La primera fue también la concepción romana de la certeza de la ley. Estudiosos famosos han observado la falta de individualidad de los jurisconsultos romanos. Savigny los calificó de «personalidades fungibles». Esta falta de individualidad era la contrapartida natural de su punto de vista individualista sobre las leyes privadas que estudiaban. Concebían el derecho privado como una herencia común de todos y cada uno de los ciudadanos romanos. Por eso, nadie se sentía autorizado a cambiarlo a su voluntad. Cuando tenían lugar cambios, los juristas los reconocían como algo que ya había ocurrido, pero no eran ellos los que los introducían. Por la misma razón, los juristas romanos, como sus sucesores modernos los jueces ingleses, nunca se preocuparon de los principios abstractos, sino que siempre se afanaron con «casos particulares », para utilizar la expresión antes citada de sir Matthew Hale. Más aún, la falta de individualidad de los juristas romanos era de la misma naturaleza que la aceptada por sir Matthew Hale cuando afirmaba:

Por esta razón prefiero una ley por la que un reino ha sido gobernado felizmente durante cuatro o cinco siglos, que arriesgar la felicidad y la paz de un reino por una nueva teoría que a mí se me ocurra.[56]

Siguiendo el mismo espíritu, los juristas romanos odiaban las teorías abstractas y todos los adornos de la filosofía jurídica cultivada por los pensadores griegos. Como escribió Neratius, jurista romano (y también hombre de estado), en el segundo siglo después de Cristo: *Rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet, alioquin multa quae certa sunt subvertuntur*» («Debemos evitar inquirir si nuestras instituciones son racionales, para que no se pierda su certeza y sean arruinadas »).[57]

Resumiendo brevemente: muchos países occidentales, en los tiempos antiguos como en los modernos, han considerado el ideal de la libertad individual (la ausencia de coacción ejercida por otras personas, incluidas las autoridades) como algo esencial para sus sistemas políticos y jurídicos. Una característica relevante de este ideal ha sido siempre la certeza de la ley. Pero la certeza de la ley se ha concebido de dos maneras diferentes y, en último análisis, incluso incompatibles: primero, como la precisión de un texto escrito emanado de los legisladores, y segundo, como la posibilidad abierta a los individuos de hacer planes a largo plazo basándose en una serie de normas espontáneamente adoptadas por la gente en comunidad, y realmente comprobadas por los jueces durante siglos y generaciones. Estas dos concepciones de «certeza» raramente, si es que alguna vez, han sido distinguidas por los especialistas, y se han conservado muchas ambigüedades en las acepciones del término entre las personas comunes de la Europa continental y de los países de habla inglesa. Esta es probablemente la razón principal por la que una comparación entre las constituciones europeas y la constitución inglesa pudo parecer más fácil de lo que era en realidad, y por la que los científicos políticos europeos pudieron imaginar que estaban estructurando buenas imitaciones de la constitución

inglesa, sin tomar en consideración la importancia que el tipo peculiar de proceso legislativo llamado derecho consuetudinario ha tenido siempre en la constitución inglesa.

Sin este proceso legislativo, probablemente es imposible concebir una *rule of law* en el sentido inglés clásico de la expresión propuesta por Dicey. Por otra parte, sin el proceso legislativo, ningún sistema continental sería lo que hoy es.

En la época presente, la confusión de las acepciones de «certeza» y *rule of law* se ha incrementado particularmente, debido a la tendencia que ha surgido en los países de habla inglesa a aumentar la importancia de la formación de las leyes mediante legislación, en vez de a través de los tribunales de justicia.

Los efectos evidentes de esta confusión han comenzado ya a hacerse presentes en relación con la idea de libertad política y libertad de empresa. Una vez más, la confusión semántica parece encontrarse en la raíz de muchos de los problemas. No pretendo que todas las dificultades se deban a una confusión semántica. Pero es tarea muy importante de los científicos políticos y de los economistas analizar los significados diferentes y contradictorios involucrados en el empleo que las personas hacen, en los países de habla inglesa y de la Europa continental, cuando se habla de «libertad» en conexión con la «certeza de la ley» y la *rule of law*.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo V

Libertad y legislación

Una conclusión muy importante que se puede extraer de los capítulos precedentes es que la *rule of law*, en el sentido clásico de la expresión, no se puede mantener sin asegurar verdaderamente la certeza de la ley, concebida como la posibilidad de una planificación a largo plazo, por parte de los individuos, en cuanto a su conducta en la vida privada y en los negocios. Además, no podemos fundamentar el gobierno de la ley en la legislación, a no ser que recurramos a disposiciones tan drásticas, y casi absurdas, como las amañadas por los atenienses en el tiempo de los *nomotetai*.

Es típica de nuestra época la tendencia a aumentar los poderes que los funcionarios de los países occidentales han adquirido, y aún adquieren día tras día, sobre sus conciudadanos, pese al hecho de que esos poderes, habitualmente, se supone que están limitados por la legislación.[58] Un autor contemporáneo, E.N. Gladden, resume esta situación en un dilema, que formula en el título de su libro *Bureaucracy or Civil Service*. Los burócratas entran en escena en cuanto los funcionarios de la administración parecen hallarse situados por encima de la ley del país, sea cual fuere la naturaleza de esta ley. Hay casos en que los funcionarios, deliberadamente, sustituyen las disposiciones legales por su propia voluntad en la

creencia de que, así, perfeccionan la ley y consiguen, de una manera no establecida en la ley, los mismos objetivos que, según ellos, la ley pretendía alcanzar. A menudo, es indudable la buena voluntad y la sinceridad de los funcionarios en estos casos

Permítaseme citar un ejemplo tomado de ciertas prácticas burocráticas de mi propio país en el momento actual. Poseemos regulaciones legales acerca del tráfico de los vehículos. Éstas prevén un cierto número de castigos por las faltas cometidas por los conductores de vehículos. Los castigos, generalmente, son multas, aunque en casos excepcionales los que contravienen las normas pueden ser juzgados y encarcelados. Además, en ciertos casos previstos especialmente por otras regulaciones legales, los transgresores pueden ser privados de sus licencias de conducir —si, por ejemplo, sus faltas contra las regulaciones del tráfico causan lesiones personales o graves daños a otros, o si conducen estando bajo la influencia del alcohol. Como el tráfico de los vehículos de motor de todo tipo aumenta constantemente, los accidentes se hacen cada vez más frecuentes. Las autoridades están convencidas de que una disciplina estricta impuesta a los conductores por los mismos funcionarios encargados de hacer observar la ley es la medida mejor, aunque no sea una panacea, para reducir el número de muertes debidas al tráfico en todo el territorio que controlan. Los miembros del poder ejecutivo, tales como el ministro del Interior y otros funcionarios estatales que dependen de él, los «prefectos», los agentes de la policía nacional del país, los funcionarios de la policía local en cada ciudad, etc., se esfuerzan por llevar a la práctica esta teoría cuando se ocupan de las transgresiones de las regulaciones del tráfico. Pero algunos de ellos, a menudo, hacen aún más. Parecen estar convencidos de que la ley del país, en relación con esto (a saber, las regulaciones legales que conciernen a los castigos que han de ser impuestos por los jueces a los transgresores y el procedimiento que se ha de seguir para ello), es demasiado suave y lenta para satisfacer con éxito las nuevas exigencias de las modernas condiciones del tráfico. Algunos funcionarios pretenden «perfeccionar» el procedimiento existente a seguir de acuerdo con la ley del país en estas cuestiones.

Un funcionario me explicó todo esto cuando quise intervenir en favor de algunos clientes míos contra lo que yo consideraba una práctica ilegal de las autoridades. La policía acusó a un hombre de haber adelantado un vehículo, violando el código de la circulación. Inmediata e inesperadamente, el «prefecto» le privó de su carnet de conducir. Como resultado de ello, ya no pudo conducir su camión, lo que quería decir que, prácticamente, se encontraba sin trabajo hasta que las autoridades consintieran en devolverle su carnet. De acuerdo con nuestras regulaciones escritas, el «prefecto» puede privar a un transgresor de su carnet de conducir en cierto número de casos, pero el adelantar otro vehículo en contra de las regulaciones del tráfico y sin producir víctimas no es uno de ellos. Cuando llamé la atención del funcionario responsable sobre este hecho, estuvo de acuerdo conmigo en que,

quizás, según una interpretación correcta de las normas actuales, mi cliente no había realmente cometido una falta punible con la retirada de su carnet. El funcionario, cortésmente, me explicó también que, en otros varios casos, quizás en un 70 por 100, los transgresores estaban ahora siendo privados de su carnet de conducir por las autoridades, sin que verdaderamente hubieran cometido una falta que mereciera este castigo según la ley. «Pero usted comprenderá», dijo, «que si no hacemos esto, la gente de este país (a veces los funcionarios parecen considerarse a sí mismos nativos de otros países) no tomará suficientes precauciones, ya que les importan un comino las penas de unos pocos miles de liras, como las que normalmente impone la ley. Por otra parte, si se les retira por algún tiempo su carnet, los transgresores sienten esta pérdida mucho más, y en el futuro serán mucho más cautos.» Dijo también que él pensaba que la injusticia hecha a un pequeño número de ciudadanos se podía justificar por el resultado general que se podía obtener, según pensaban las autoridades, al mejorar el movimiento del tráfico, para el interés público.

Un ejemplo aún más sorprendente en relación con esto me lo contó un colega. Había ido a protestar de que un fiscal de distrito hubiera dictado una orden de prisión contra un conductor que había atropellado y matado a alguien en la calle. Según nuestra ley, los homicidios casuales se pueden castigar con prisión. Por otra parte, los fiscales de distrito pueden emitir órdenes de prisión antes del juicio sólo en casos especiales, determinados por las normas de nuestro procedimiento criminal, siempre que consideren que la prisión puede ser aconsejable en las circunstancias precisas. Evidentemente, la prisión antes del juicio no es un castigo, sino una medida de seguridad destinada a prevenir, por ejemplo, la posibilidad de que un hombre acusado de haber cometido un crimen pueda escapar antes de ser juzgado o, incluso, cometer otros crímenes en el ínterin. Como esto, obviamente, no era el caso para la persona antes mencionada, mi colega preguntó al fiscal del distrito por qué había dado una orden de prisión en esas circunstancias. La respuesta fue que, en vista del creciente número de víctimas por vehículos de motor, era legítimo y adecuado por su parte intentar prevenir que los infractores causasen más problemas encarcelándolos. Además, los jueces ordinarios, habitualmente, no son muy severos para con las personas encausadas por homicidio casual; de aquí que un pequeño anticipo del sabor de la prisión, antes del juicio, sería una experiencia saludable para los transgresores. El funcionario interesado admitió cándidamente que se comportaba de esta manera para «mejorar» la ley, y se sentía perfectamente justificado al utilizar medios tales como la prisión, aunque no estaban prescritos adecuadamente por la ley para este propósito, con tal de alcanzar la deseada finalidad de reducir las víctimas debidas al tráfico.

Éste es un caso típico de la actitud de los funcionarios que se permiten suplir ellos mismos a la ley, violentando la letra de los estatutos para poder aplicar normas propias, bajo el pretexto de que la ley sería insuficiente si se interpretara de una manera más escrupulosa, y alcanzar así sus objetivos en una circunstancia dada. Por

cierto, éste es también un caso de conducta *ilegal*, o sea, de una conducta de parte de los funcionarios públicos que contraviene la ley, y no debe confundirse con el comportamiento *arbitrario*, tal y como el que, eventualmente, sepermite a los funcionarios británicos hoy en día, teniendo en cuenta la falta de una serie de normas administrativas definidas. Como ejemplo de conducta arbitraria de la administración británica se podría citar probablemente el famoso y bastante complejo caso de Crichel Down, que levantó tantas y tan violentas protestas en Inglaterra hace algunos años. Funcionarios gubernamentales, que habían requisado legalmente propiedades privadas durante la guerra para utilizarlas como zona de bombardeo, intentaron disponer de estas mismas propiedades después de la guerra con finalidades totalmente distintas, tales como la realización de experimentos agrícolas, etc.

En este tipo de casos, la existencia de ciertas regulaciones, en el sentido de estatutos escritos y formulados con precisión, puede resultar muy útil, si no siempre para impedir que los funcionarios violen la ley, al menos para hacerles legalmente responsables de su conducta ante los tribunales ordinarios o gubernamentales, tales como el *conseil d'état* francés.

Pero vayamos a la parte importante de mi argumentación: la libertad individual en todos los países occidentales se ha ido reduciendo gradualmente en el último siglo, no sólo, o no principalmente, por abusos y usurpaciones de funcionarios que actúan contra la ley, sino también porque la ley, a saber, el derecho escrito, capacitaba a los funcionarios para comportarse de una manera que, según la ley anterior, hubiera sido juzgada como una usurpación de poder y un abuso sobre la libertad individual de los ciudadanos.[59]

Esto lo demuestra claramente, por ejemplo, la historia del llamado «derecho administrativo» inglés, que se puede resumir como una sucesión de delegaciones estatutarias de los poderes legislativos y judiciales a los funcionarios ejecutivos. El destino de la libertad individual en Occidente depende principalmente de este proceso «administrativo ». Pero no debemos olvidar que el proceso en sí mismo, sin tener en cuenta los casos de cabal usurpación (que probablemente no son tan importantes y numerosos como imaginamos), se ha hecho posible por la legislación.

Estoy completamente de acuerdo con algunos autores contemporáneos, como el profesor Hayek, que desconfían de los funcionarios ejecutivos, pero piensan que las personas que preconizan la libertad individual deberían desconfiar aún más de los legisladores, ya que precisamente es a través de la legislación como se ha conseguido, y aún sigue consiguiéndose, el aumento de los poderes (incluso los «poderes absolutos») de los funcionarios. Los jueces pueden haber contribuido también, al menos de una manera negativa, a este resultado en los tiempos recientes. Un especialista tan eminente como el antes citado sir Carleton Kemp Allen señala que los tribunales judiciales de Inglaterra podían haber entrado en

conflicto con el poder ejecutivo, tal y como estuvieron dispuestos siempre a hacer en épocas pasadas, para reafirmar, e incluso extender, su autoridad, en conexión con una concepción alterada de la relación entre el individuo y el Estado. En años recientes, no obstante, según sir Carleton, han hecho «precisamente lo contrario», ya que, cada vez más, «han tendido a no inmiscuirse en las cuestiones puramente administrativas y se han abstenido de cualquier interferencia en la política ejecutiva».

Por otro lado, un magistrado tan distinguido como sir Alfred Denning, uno de los actuales lores del Tribunal de Apelación de Su Majestad en Inglaterra, en su libro *The Changing Law*, publicado por primera vez en 1953, nos proporciona un informe muy convincente acerca de las diversas acciones de los tribunales británicos, durante los últimos años, destinadas a mantener el gobierno de la ley utilizando el recurso de mantener bajo un control judicial ordinario los departamentos gubernamentales (particularmente después del Decreto de Procedimientos de la Corona [Crown Proceeding Act] de 1947) y esas singulares entidades que son las industrias nacionalizadas, los tribunales departamentales (contra uno de los cuales el tribunal del King's Bench emitió un mandamiento de *certiorari* en el famoso proceso de Northumberland, en 1951), los tribunales privados (como los establecidos por las reglas de organizaciones del tipo de los sindicatos laborales), etc. Es difícil decidir si sir Carleton tiene razón al acusar a los tribunales ordinarios de indiferencia hacia los nuevos poderes del ejecutivo o si sir Alfred Denning la tiene al señalar su actividad en ese mismo sentido.

Muchos poderes se han conferido a los funcionarios estatales en Inglaterra y en otros países a través de la promulgación de estatutos por parte de la legislatura. Bastaría simplemente con examinar, por ejemplo, la historia de la delegación de poderes en Inglaterra en los últimos años para convencerse completamente de esto. Continúa siendo una de las creencias políticas más hondamente radicadas de nuestro tiempo que, dado que la legislación la aprueban los parlamentos, y puesto que los parlamentos los elige el pueblo, dicho pueblo es el origen del proceso legislativo, y que la voluntad del pueblo, o al menos de aquella parte del pueblo que se identifica con el electorado, prevalecerá en último término en todas las cuestiones que el gobierno haya de determinar, tal y como Dicey hubiera dicho.

No sé hasta qué punto tiene validez esta doctrina, si la sometemos a críticas tales como las sugeridas por mis conciudadanos Mosca y Pareto, a comienzos de este siglo, en sus famosas teorías de la importancia de las minorías dirigentes, o, como Pareto diría, de las élites, críticas que aún se citan frecuentemente por los sociólogos y los científicos políticos en los Estados Unidos. Prescindiendo de cualquier conclusión que pudiéramos sacar sobre estas teorías, el «pueblo» o el «electorado» son conceptos que no se pueden reducir fácilmente, o incluso hacerse compatibles, al de la persona individual, como ciudadano particular que actúa según

su propia voluntad y que, por tanto, está «libre» de coacción en el sentido que hemos aceptado aquí. Libertad y democracia han sido ideales concomitantes para los países occidentales, desde los tiempos de los antiguos atenienses. Pero diversos pensadores en el pasado han señalado, como Tocqueville y lord Acton, que la libertad individual y la democracia pueden hacerse incompatibles siempre que las mayorías sean intolerantes o las minorías sean rebeldes, y en general, siempre que existan dentro de una sociedad política elementos que Lawrence Cowell habría denominado «irreconciliables». Rousseau era consciente de esto cuando indicó que todos los sistemas mayoritarios deben estar basados en la unanimidad, al menos en lo que respecta a la aceptación de la regla de la mayoría, si es que han de reflejar la «voluntad común».

Si esta unanimidad no constituye una mera ficción de los filósofos políticos, sino que pretende tener un verdadero significado en la vida política, hemos de admitir que siempre que una decisión tomada por la mayoría no sea aceptada libremente, sino sólo soportada, por una minoría, de la misma manera que los individuos aislados pueden sufrir actos coactivos para evitar cosas peores por parte de otras personas, tales como ladrones y chantajistas, la libertad individual en el sentido de ausencia de coacción ejercida por otras personas no será compatible con la democracia, concebida como el poder hegemónico de los números.

Si consideramos el hecho de que ningún proceso legislativo tiene lugar en una sociedad democrática sin estar basado en el poder de los números, debemos concluir que este proceso probablemente será incompatible con la libertad individual en muchos casos.

Estudios recientes en el ámbito de la denominada ciencia de la política y sobre la naturaleza de las decisiones de grupo tienden a confirmar este punto de vista de una manera bastante convincente.[60]

Los ensayos realizados por algunos especialistas en tiempos recientes para comparar comportamientos tan diferentes como el de un comprador o un vendedor en el mercado y, por ejemplo, el de un votante en una elección política, con el objeto de descubrir algún factor común entre ellos, me parecen bastante estimulantes, no sólo por las cuestiones metodológicas implicadas, relacionadas con la ciencia económica y con la ciencia política, respectivamente, sino también por el hecho de que la cuestión de si existe una diferencia entre la posición económica y la política (o jurídica), respectivamente, de los individuos dentro de una misma sociedad, ha sido uno de los puntos más debatidos entre los liberales y los socialistas durante los últimos cien o ciento veinte años.

Esta polémica nos puede interesar en más de un sentido, ya que estamos intentando poner en claro un concepto de libertad como ausencia de coacción ejercida por otras personas, incluidas las autoridades, que implica libertad en los

negocios lo mismo que en cualquier otra esfera de la vida privada. Las doctrinas socialistas han defendido desde siempre, que en un sistema jurídico y político que garantiza derechos iguales a todos, las personas que carecen de medios suficientes para beneficiarse de muchos de estos derechos no tendrían ninguna ventaja con esa igualdad de derechos. Las doctrinas liberales, por el contrario, han mantenido que todos los intentos de «integrar » la «libertad» política con la «libertad de necesidades» de los «no pudientes», tal y como sugieren o imponen los socialistas, conducen a contradicciones tan grandes dentro del sistema que, simplemente, no se puede garantizar a todo el mundo «libertad» si ésta se concibe como la ausencia de necesidades, sin que resulte de ello la supresión de la libertad política y jurídica concebida como ausencia de coacción ejercida por otras personas. Pero, además, las doctrinas liberales añaden algo más. Defienden también que no se puede verdaderamente conseguir a través de decretos y controles de las autoridades sobre el proceso económico una «libertad de necesidades» comparable a la obtenida en un mercado libre.

Lo que sí podemos considerar como un presupuesto común, tanto a los socialistas como a los liberales, es que existe una diferencia entre la libertad jurídica y la libertad del individuo concebida como ausencia de coacción, por una parte, y la libertad «económica» o «natural» del individuo, por otra, si es que hemos de aceptar el término «libertad» también en el sentido de «ausencia de necesidades». Esta diferencia la aprecian desde diferentes puntos de vista los liberales y los socialistas, pero en último análisis unos y otros reconocen que la «libertad» puede tener acepciones diferentes, y quizás incompatibles, para los individuos que pertenecen a una misma sociedad.

Indudablemente, la introducción de la «libertad de necesidades» en un sistema político o jurídico implica una alteración necesaria del concepto de «libertad», entendida como libertad de coacción que el sistema garantiza. Esto ocurre, como señalan los liberales, debido a cierto tipo especial de disposiciones de los estatutos y decretos de inspiración socialista, que son incompatibles con la libertad de los negocios. Pero también ocurre, y sobre todo, porque el simple intento de introducir la «libertad de necesidades» debe hacerse —como admiten todos los socialistas, al menos en cuanto están dispuestos a ocuparse de sociedades históricas preexistentes, y no a limitar sus esfuerzos a promover sociedades de voluntarios en alguna remota parte del mundo— primeramente mediante la legislación y, por tanto, por decisiones basadas en la regla de la mayoría, prescindiendo del hecho de si las legislaturas se eligen, como ocurre en casi todos los sistemas políticos actuales, o son expresión directa del pueblo, como lo eran en la antigua Roma y en las antiguas ciudades griegas, y lo siguen siendo en las *Landsgemeinde* suizas en la actualidad. Ningún sistema de mercado libre puede realmente funcionar si no está radicado en un sistema jurídico y político que ayuda a los ciudadanos a contrarrestar la interferencia en sus negocios por parte de otras personas, incluidas las autoridades. Pero un rasgo

característico de los sistemas de mercado libre parece también ser que son compatibles, y probablemente compatibles sólo, con los sistemas legales y políticos que apenas recurren, o no recurren en absoluto, a la legislación, al menos en lo que concierne a la vida privada y a los negocios. Por otra parte, los sistemas socialistas no pueden seguir existiendo sin ayuda de la legislación. No hay ninguna evidencia histórica, a lo que entiendo, que apoye la suposición de que «la libertad de necesidades» socialista de todos los individuos sea compatible con instituciones tales como el sistema del derecho consuetudinario o el sistema romano, en que el proceso legislativo depende directamente de todos y cada uno de los ciudadanos, con la ayuda ocasional de los jueces y de expertos tales como los jurisconsultos romanos, sin recurrir, como norma, a la legislación.

Sólo los llamados «utópicos», que pretendieron promover colonias especiales de voluntarios para realizar sociedades socialistas, imaginaron que podían hacerlo sin legislación. Pero, en realidad, también ellos pudieron prescindir de dicha legislación sólo por cortos períodos de tiempo, hasta que sus asociaciones voluntarias se convirtieron en amalgamas caóticas de antiguos voluntarios, ex voluntarios y recién llegados sin ninguna fe especial en cualquier forma de socialismo.

Socialismo y legislación parecen estar inevitablemente conexionados, si es que las sociedades socialistas quieren seguir viviendo. Probablemente, éste es el motivo principal que explica el peso cada vez mayor que se da en los sistemas de derecho consuetudinario, como el inglés y americano, no sólo al derecho escrito y a los decretos, sino también a la misma idea de que un sistema jurídico es, después de todo, un sistema legislativo, y que la «certeza» es la certeza a corto plazo de la ley escrita.

La razón por la que el socialismo y la legislación están inevitablemente asociados es que mientras que un mercado libre implica un ajuste espontáneo de la demanda y de la oferta, basándose en las escalas de preferencia de los individuos, este ajuste no puede tener lugar si la demanda no es adecuada a la oferta, esto es, si las escalas de preferencia de los que constituyen el mercado no son complementarias. Esto puede suceder en todos aquellos casos en los que los compradores piensan que los precios solicitados por los vendedores son demasiado elevados, o en que los vendedores piensan que los precios ofrecidos por los compradores son demasiado bajos. Los vendedores que no están en situación de satisfacer a los compradores, o los compradores que no están en situación de satisfacer a los vendedores, no pueden formar un mercado, a no ser que vendedores y compradores, respectivamente, dispongan de algún medio de coaccionar a su contraparte en el mercado para que satisfagan sus demandas.

Según los socialistas, los ricos «privan» a los pobres de lo que éstos necesitan. Esta manera de hablar es simplemente un abuso lingüístico, ya que no está probado que los «poseedores» y los «no poseedores» tuvieran o tengan todos derecho a la

posesión común de todas las cosas. Cierto que la experiencia histórica apoya el punto de vista socialista en algunos casos, tales como invasiones y conquistas, y en general en los casos de latrocinio, piratería, chantaje, etc. Pero estas cosas no ocurren nunca en un mercado libre, esto es, en un sistema que permite a los compradores y vendedores individuales contrarrestar la coacción ejercida por otras personas. Hemos dicho ya, a este respecto, que muy pocos economistas toman en consideración esas actividades de «mala producción», ya que en general se las rechaza como algo completamente fuera del mercado y, por tanto, indigno de la investigación económica. Si nadie puede ser coaccionado, sin posibilidad de defenderse, a pagar por los bienes y servicios más de lo que pagaría sin dicha coacción, las actividades de mala producción no pueden tener lugar, ya que en esos casos ninguna demanda se ajustará a la oferta de bienes y servicios y no se podrá llegar a un acuerdo entre los vendedores y los compradores.

La legislación puede llevar a cabo lo que un ajuste espontáneo no podría nunca hacer. Se puede obligar a la demanda a que se ajuste a la oferta, o se puede obligar a la oferta a que se ajuste a la demanda, de acuerdo con una serie de regulaciones promulgadas por los cuerpos legislativos, los cuales decidirán posiblemente, como ocurre hoy, basándose en artificios tales como la regla de la mayoría.

Lo que sobre la legislación perciben inmediatamente los teóricos y la gente común es que las regulaciones obligan a todo el mundo, incluso a aquellos que no han participado nunca en el proceso de elaborarlas, y que incluso pueden no haberse enterado nunca de él. Este hecho distingue un estatuto de una decisión dictada por un juez en un caso que las partes le han planteado. Esta decisión puede ser puesta en vigor, pero no automáticamente, esto es, sin la colaboración de las partes interesadas, o al menos de una de ellas. En cualquier caso, no se puede poner en vigor directamente para otras personas que no eran partes en la disputa o que no estaban representadas por las partes en litigio.

Así, los teóricos unen habitualmente la legislación con la puesta en vigor, aunque esta conexión no se resalta directamente, y en cualquier caso es menos apreciable en las decisiones de los tribunales judiciales. Muy pocas personas, en cambio, han señalado el hecho de que la puesta en vigor va conexa con la legislación, no sólo como resultado del proceso legislativo, sino también dentro de ese mismo proceso. Los que han participado en el proceso están, a su vez, sujetos a la observancia de las normas de procedimiento, y este mismo hecho da un carácter coactivo a la actividad entera de legislación, cuando ésta la lleva a cabo un grupo de personas según un procedimiento previamente establecido. Esto mismo es cierto de las actividades de los cuerpos electorales, cuya tarea se puede definir como la de llegar a una decisión de grupo sobre las personas que han de ser elegidas, según unas normas de procedimiento previamente fijadas por todos los que participan en la formación de esa decisión.

La existencia de un sistema coactivo en el proceso de toma de decisiones, siempre que la gente deba decidir, no como individuos aislados, sino como miembros de grupos, es precisamente lo que hace posible distinguir entre el proceso de toma de decisiones de los individuos y ese mismo proceso cuando se trata de grupos.

Esta diferencia la han ignorado los teóricos que, como el economista inglés Duncan Black, han pretendido elaborar una teoría de las decisiones de grupo que incluya tanto las decisiones económicas de los individuos en el mercado como las decisiones de los grupos en la escena política. Según el profesor Black, que acaba de publicar un nuevo libro sobre el tema, no existe una diferencia sustancial entre estos dos tipos de decisiones. Los compradores y los vendedores en el mercado se pueden comparar, si se toman globalmente, con los miembros de un comité cuyas decisiones son el resultado de las interrelaciones de sus escalas de preferencia, según la ley de la oferta y la demanda. Por otra parte, los individuos en el escenario político, al menos en aquellos países en que las decisiones políticas se toman por grupos, pueden ser considerados como miembros de comités, dejando a un lado las funciones especiales de cada comité. El cuerpo electoral puede considerarse como un «comité» más, de la misma manera que una asamblea legislativa o un consejo de ministros. En todos estos casos, según el profesor Black, las escalas de preferencia de cada miembro del comité se enfrentan a las escalas de preferencia de cada uno de los demás miembros del mismo comité. La única diferencia —de grado menor, según el profesor Black— es que mientras que en el mercado las preferencias se enfrentan unas con otras según la ley de la oferta y la demanda, en las preferencias políticas la selección de unas a costa de las otras se realiza siguiendo un procedimiento definido. Si conocemos bien el procedimiento, sostiene el profesor Black, y aún más si conocemos cuáles son las preferencias políticas que se van a enfrentar, estamos en situación de calcular con anterioridad qué preferencia saldrá a flote en la decisión de grupo, de la misma manera que podemos calcular de antemano, supuesto que conozcamos las preferencias en juego en el mercado, cuáles de entre ellas surgirán según la ley de la oferta y la demanda.

El profesor Black sugiere que se podría hablar de una tendencia al equilibrio de las escalas de preferencia en el campo político, de la misma manera que se habla de un equilibrio al que las escalas de preferencia tienden en el mercado.

En resumen, según Black, deberíamos considerar tanto la ciencia económica como la ciencia política como dos ramas diferentes de una misma ciencia, puesto que ambas tienen la tarea común de calcular cuáles serán las preferencias que se impondrán en un mercado o en el escenario político, dada una serie de escalas de preferencias conocidas y una ley definida que gobierne su confrontación.

No pretendo negar que hay algo correcto en esta conclusión. Pero lo que quiero señalar es que, al poner a un mismo nivel las decisiones políticas y las económicas y

al considerarlas comparables, ignoramos deliberadamente las diferencias que existen entre la ley de la oferta y la demanda en el mercado y cualquier procedimiento legal que controle el proceso de confrontación de las preferencias políticas (y la consiguiente aparición de las preferencias que serán aceptadas por el grupo en su decisión), como, por ejemplo, la ley de la mayoría.

La ley de la oferta y la demanda es sólo una descripción de la manera como tiene lugar un ajuste espontáneo, dadas ciertas circunstancias, entre distintas escalas de preferencia. Una ley de procedimiento es algo completamente distinto, pese al hecho de que se llame también «ley» en todos los lenguajes europeos, lo mismo que el griego (al menos desde el siglo IV antes de Cristo) utilizaba el mismo término, *nomos*, para significar tanto una ley natural como una ley hecha por el hombre; por ejemplo, un estatuto. Por supuesto, podríamos decir que la ley de la oferta y la demanda es también una ley «de procedimiento», pero una vez más estaríamos confundiendo en las mismas palabras dos significados distintos.

La diferencia fundamental entre las decisiones individuales en el mercado y las contribuciones individuales a las decisiones de los grupos en la escena política es que en el mercado, gracias a la divisibilidad de los bienes y servicios disponibles en él, el individuo no sólo puede prever exactamente cuál será el resultado de su decisión (por ejemplo, qué clase y qué cantidad de pollos comprará con cierta cantidad de dinero), sino también poner en una relación definida cada dólar que gaste con las correspondientes cosas que puede adquirir con él. Las decisiones de grupo, por el contrario, son del tipo de todo o nada: si se está en el lado perdedor, se pierde todo el voto. No hay otra alternativa, lo mismo que no la habría si se fuera al mercado y no se pudieran encontrar bienes ni servicios, ni incluso partes de ellos, que pudieran comprarse con el dinero de que disponemos.

El prestigioso economista americano profesor James Buchanan señaló insistentemente, en relación con esto, que «las alternativas de la selección en el mercado normalmente entran en conflicto sólo en el sentido de que en ellas opera la ley de los rendimientos decrecientes... Si un individuo desea más cantidad de cierto bien o servicio, normalmente el mercado le exige únicamente que tome menos de otro bien o servicio».[61] En contraste con esto, «las alternativas de elección en las votaciones son más exclusivas, esto es, la elección de una impide la elección de la otra». Las elecciones de grupo, en cuanto conciernen a los individuos que pertenecen al grupo, tienden a ser «mutuamente exclusivas por la misma naturaleza de la alternativa». Esto es resultado no sólo de la pobreza de los esquemas usualmente adoptados y adoptables para la distribución de la fuerza votante, sino también del hecho (como señala Buchanan) de que muchas alternativas que habitualmente calificamos de «políticas» no permiten esas «combinaciones» o «soluciones combinadas» que convierten a las elecciones del mercado en algo tan flexible, en comparación con las elecciones políticas. Una consecuencia importante,

ya ilustrada por von Mises, es que en el mercado el voto del dólar nunca queda anulado: «El individuo nunca queda en la situación de tener que contentarse con ser miembro de una minoría disidente»,[62] al menos en lo que se relaciona con las alternativas existentes o potenciales del mercado. Dicho de otra manera, existe una posible coacción en el voto que no tiene lugar en el mercado. El votante elige sólo entre alternativas potenciales; puede perder su voto, y queda obligado a aceptar un resultado contrario a la preferencia que ha expresado, mientras que un tipo similar de *coacción* nunca surge en la elección de mercado, al menos si se acepta la divisibilidad de la producción. El escenario político que, al menos provisionalmente, hemos concebido como el *locus* de un proceso de votación, se puede comparar con un mercado en el que se exige del individuo que gaste todos sus ingresos en un bien, o todo su trabajo y sus recursos en la producción de un bien o servicio.

En otras palabras, el votante está limitado por una serie de procedimientos *coactivos* en la utilización de sus capacidades de acción. Por supuesto, podemos aprobar o desaprobar esta coacción y, ocasionalmente, podemos discriminar entre distintas hipótesis a la hora de aprobar o desaprobar. Pero la cuestión es que el proceso de votación implica una forma de coacción, y que las decisiones políticas se llevan a cabo mediante un procedimiento que implica la coacción. El votante que pierde, en principio elige, pero en último término ha de aceptar lo que previamente rechazó; se ha echado por tierra todo su proceso de toma de decisión.

Esta es desde luego la principal, aunque no la única, diferencia entre las decisiones individuales del mercado y las decisiones de grupo que tienen lugar en el escenario político.

El individuo en el mercado puede predecir, con absoluta certeza, los resultados directos o inmediatos de su elección. «El acto de elegir », dice Buchanan, «y las consecuencias de esa elección están en una relación unívoca. En cambio, el votante, aunque fuera omnisciente a la hora de prever las consecuencias de cualquier posible decisión colectiva, no podrá predecir nunca con certeza cuál de las alternativas presentadas será elegida.»[63] Esta incertidumbre, del tipo de Knight (esto es, la imposibilidad de atribuir un número a la probabilidad de un acontecimiento), debe influir hasta cierto punto sobre la conducta del votante, y no existe una teoría lo suficientemente aceptable del comportamiento de una persona llamada a tomar una decisión en unas condiciones inciertas.

Además, las condiciones en las que tienen lugar las decisiones de grupo parecen hacer difícil el empleo de la noción de *equilibrio* en un sentido similar al que se emplea en economía. En economía se define el equilibrio como la igualdad de la oferta y la demanda, igualdad comprensible cuando el elector individual puede articular sus preferencias de manera que cada dólar disfrute de un voto. Pero ¿qué clase de igualdad puede existir entre, por ejemplo, la oferta y la demanda de leyes y órdenes prefijadas por decisiones de grupo, si el individuo puede muy bien pedir

pan y recibir piedras? Desde luego, si los miembros de los grupos son libres para integrarse en las mayorías cambiantes y participar en las revisiones de decisiones previas, esta posibilidad se puede concebir como una especie de remedio para la falta de equilibrio de las decisiones de grupo, ya que da a cada individuo del grupo, al menos en principio, la posibilidad de que, en algún momento, la decisión del grupo coincida con su elección personal. Pero esto no es un «equilibrio». La libertad de formar parte de las mayorías cambiantes es una característica típica de la democracia, tal como se entiende tradicionalmente en los países occidentales, y ésta es, por cierto, la razón por la que muchos autores creen que pueden describir la «democracia política» como algo similar a la «democracia económica» (el sistema del mercado). De hecho, la democracia parece ser, como hemos visto anteriormente, sólo un sustitutivo de la democracia económica, si bien en muchos casos, probablemente, es desde luego el mejor sustitutivo.

Así llegamos a la conclusión de que la legislación, siendo siempre —por lo menos en los sistemas contemporáneos— un producto de las decisiones de grupo, debe implicar inevitablemente no sólo un cierto grado de coacción de aquellos que han de obedecer las normas legislativas, sino también un correspondiente grado de coacción de aquellos que participan directamente en el proceso de confección de las mismas normas. Este inconveniente no se puede evitar con ningún sistema político en que se tomen decisiones de grupo, incluso la democracia, si bien la democracia, al menos tal y como se concibe en el mundo occidental, ofrece a cada uno de los miembros del cuerpo legislativo la posibilidad de formar parte, más pronto o más tarde, de una mayoría victoriosa y así evitar la coacción, haciendo que las normas coincidan con su elección personal.

La coacción no es, sin embargo, la única característica de la legislación, en comparación con otros procesos normativos, como el del derecho romano o el derecho consuetudinario. Ya hemos visto que la falta de certeza resulta ser otra de las características de la legislación, no sólo para aquellos que han de obedecer las regulaciones legisladas, sino también para los miembros del cuerpo legislativo, ya que votan sin conocer los resultados de su voto hasta que se haya llevado a cabo la decisión del grupo.

Ahora bien, el hecho de que no se pueda evitar la coacción y la incertidumbre, incluso por parte de los miembros de los cuerpos legislativos, en el proceso legislativo lleva a la conclusión de que los mismos sistemas políticos basados en la democracia directa tampoco permiten a los individuos eludir la coacción e incertidumbre, en el sentido antes descrito.

Ninguna democracia directa podría resolver el problema de evitar la coacción y la falta de certeza, ya que dicho problema no está relacionado con la participación directa o indirecta en el proceso legislativo, a través de una legislación que resulta de decisiones de grupo.

Esto constituye una advertencia para nosotros acerca de la relativa inutilidad de todos los intentos para asegurar una mayor libertad o certeza a los individuos de un país, en lo que concierne a la ley del país, permitiéndoles participar tan frecuente y directamente como sea posible en el proceso legislativo, mediante la legislación llevada a cabo a través del sufragio universal de los adultos, la representación proporcional, referéndum, iniciativa directa, deposición de representantes, o incluso recurriendo a otras organizaciones o instituciones que ponenen evidencia la denominada «opinión pública» sobre toda clase de cuestiones y aumentan la capacidad del pueblo para influir sobre el comportamiento político de los gobernantes.

Por otro lado, las democracias representativas son mucho menos eficientes que las democracias directas, a la hora de conseguir la participación verdadera de los individuos en el proceso legislativo.

Hay muchos sentidos en los que se puede entender la palabra representación, y algunos de ellos ciertamente dan al pueblo una impresión de que participan de una manera seria, aunque indirecta, en el proceso legislativo de su país, o incluso en el proceso de administrar los asuntos nacionales a través del sistema ejecutivo.

Por desgracia, lo que está verdaderamente ocurriendo en todos los países occidentales en el momento presente es algo que, en realidad, no nos ofrece ninguna base de satisfacción cuando llevamos a cabo un análisis frío de los hechos.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo VI

Libertad y representación

Se afirma con frecuencia que hay o, para ser más exacto, había un concepto clásico del proceso democrático, que apenas si se parece a lo que está ocurriendo en el escenario político actual, ya sea en Gran Bretaña, donde se originó durante la Edad Media este proceso, o en otros países que, más o menos, han imitado el sistema «democrático» de Inglaterra. Los economistas, por lo menos, recordarán lo que Schumpeter afirmó claramente a este respecto en *Capitalismo, socialismo y democracia*. Según el concepto clásico de «democracia», tal y como se formuló al final del siglo XVIII en Inglaterra, el proceso democrático se suponía que permitiría al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones, a través de representantes elegidos para el parlamento. Esto parecía ofrecer un sustituto eficaz de la decisión directa sobre cuestiones generales por parte del pueblo, tal como las decisiones que se habían tomado en las antiguas ciudades de Grecia o en Roma, o en los *comuni* medievales italianos, o en las *Landsgemeinde* suizas. Los representantes habrían de decidir por el pueblo sobre todas las cuestiones que éste no pudiera decidir por sí

mismo debido a una serie de razones técnicas, por ejemplo, la imposibilidad de reunirse todos en un lugar para discutir políticas y decisiones. Los representantes se concebían como mandatarios del pueblo, cuya tarea consistía en formular y realizar la voluntad del pueblo. A su vez, el pueblo no se concebía como una entidad mítica, sino más bien como el conjunto de los individuos en su capacidad de ciudadanos, y los representantes del pueblo, como personas, eran ellos mismos ciudadanos y estaban, por tanto, en situación de expresar lo que sus conciudadanos opinaban sobre las cuestiones generales de la comunidad.

De acuerdo con la interpretación de Burke,

la Casa de los Comunes, originariamente, no pretendía ser una parte del gobierno inglés. Se consideraba como un control salido *inmediatamente* del pueblo, y que podía *reabsorberse rápidamente en la masa* del pueblo de donde salió. A este respecto, representaba en los estratos más elevados del gobierno lo que los jurados representaban en los estratos más bajos. Al ser la capacidad de un magistrado transitoria y la de un ciudadano permanente, se confiaba en que la de este último pesaría más en todas las discusiones, no sólo entre el pueblo y la autoridad permanente de la Corona, sino entre el pueblo y la misma autoridad temporal de la Casa de los Comunes...[64]

De acuerdo con esta interpretación, y aparte de la denominada «autoridad permanente» de la Corona, resulta bastante claro que los diputados deben «discutir» y decidir, más de acuerdo con su capacidad de ciudadanos que como magistrados, y además que los ciudadanos, como tales, son algo permanente, de lo que nacen los magistrados por elección para constituirse en su inmediata y transitoria expresión. Tampoco Burke debe ser considerado como una especie de disco gramofónico enviado al parlamento por sus electores. Él mismo puso cuidado en señalar que

todos los hombres tienen derecho a opinar; que la opinión de los electores es respetable y posee mucho peso, y que un representante debe siempre escucharla con agrado y tomarla en consideración con la mayor seriedad. Pero las instrucciones autoritarias, los mandatos dictados, que los miembros están obligados a obedecer ciegamente e, implícitamente, a votarlos y a defenderlos, aunque sean contrarios a las más claras convicciones de su entendimiento y de su conciencia, son cosas totalmente desconocidas por las leyes del país, y que surgen debido a un error fundamental de la estructura y sustancia de nuestra constitución.[65]

Hablando en general, sería un error pensar que hacia el final del siglo XVIII los miembros del parlamento se constituían en los defensores de la voluntad de sus conciudadanos. La segunda revolución inglesa de finales del siglo XVII no fue democrática. Como ha señalado un reciente especialista del desarrollo de la influencia del pueblo sobre el gobierno británico, Cecil S. Emden, «si en 1688 hubiera habido un plebiscito sobre la cuestión de la sustitución de Guillermo por

Jacobo, la mayoría habría votado contra la deposición del último».[66] El nuevo régimen de 1688 era más parecido a una oligarquía de tipo veneciano que a una democracia. Pese a la abolición de la censura de prensa en 1695, los miembros de la Casa de los Comunes y de los ministerios demostraron muchas veces que no estaban aún preparados para sufrir una crítica libre de sus conciudadanos. En algunas ocasiones —por ejemplo, en 1712—se exasperaron tanto por la publicación de ciertos panfletos que reflejaban algunos de los procedimientos de la Casa, que decidieron imponer pesados impuestos a todos los periódicos y panfletos para perjudicar su venta. Además, apenas se estimulaba el ejercicio de la opinión pública. La publicación oficial de las decisiones adoptadas en las reuniones parlamentarias no constituía un procedimiento regular, y la objeción a cualquier información pública, basándose en que podía implicar un «llamamiento al pueblo», era frecuente a comienzos del siglo XVIII con el fin de evitar la publicación de los debates y las votaciones en el parlamento. Esta misma actitud influía sobre la Casa y los ministerios en relación con cuestiones de vital interés para el país, para prevenir la oposición de la opinión pública contra la política adoptada por el gobierno y por la Casa. En el siglo XVIII, estadistas como Charles Fox, en su juventud, consideraban la Casa de los Comunes como la única institución reveladora de la opinión nacional, y el mismo Fox proclamó una vez en la Casa: «No presto ninguna atención a la voz del pueblo: nuestro deber es hacer lo que es debido, sin tomar en consideración lo que pueda resultar agradable; su trabajo es elegirnos; el nuestro es actuar constitucionalmente y mantener la independencia del parlamento.»[67]

Pese a ello, se admite generalmente que, según la teoría clásica de la democracia, el parlamento se concebía como un comité cuyas funciones «serían dar voz, reflejar o representar la voluntad del electorado».[68] Por cierto que era mucho más fácil poner en práctica esta teoría a finales del siglo XVIII y antes del *Reform Act* de 1832 que después. Aunque los representantes eran tan numerosos como lo son hoy, los electores eran pocos. En 1830, los comunes representaban un electorado de cerca de doscientos veinte mil, de una población total de aproximadamente catorce millones, o sea, un 3 por 100 de la población adulta. Los miembros, en promedio, representaban cada uno 330 votantes. Ahora, en Inglaterra, representan un promedio de 56.000 electores cada uno, basándose en un sufragio universal de adultos de aproximadamente 35 millones de personas. Pero a comienzos de este siglo, Dicey, si bien se oponía a la supuesta teoría «legal» de Austin de que los miembros de la Casa de los Comunes son simplemente «hombres de confianza del cuerpo electoral que los había elegido y nombrado» y defendía que ningún juez inglés podría admitir que el parlamento sea, en ningún sentido jurídico, un «mandatario» de los electores, admitía en cambio sin dificultad que «en un sentido político, los electores son la parte más importante o, podríamos decir incluso, verdaderamente el poder soberano, ya que su voluntad, bajo la constitución presente, tiene la seguridad de que será obedecida en última instancia». Dicey reconocía que el lenguaje de Austin era por

eso tan correcto en relación con la soberanía «política» como erróneo en relación con lo que él denominó soberanía «legal», y afirmó que «los electores constituyen parte, y predominante, del poder políticamente soberano».[69]

Tal y como están hoy las cosas, la voluntad del electorado, y ciertamente la del electorado en combinación con los Lores y la Corona, tiene la seguridad de que, en último término, prevalecerá en todas las cuestiones que el Gobierno británico haya de determinar. Podemos llevar aún más lejos esto y afirmar que las constituciones están hoy día estructuradas de manera tal que aseguren que la voluntad de los electores, a través de normas regulares y constitucionales, prevalecerá al fin siempre, constituyéndose en la influencia predominante dentro del país.[70]

Todo esto era posible, según Dicey, por el carácter *representativo* del gobierno británico, y él explicaba que «el objetivo y efecto de este gobierno es producir una coincidencia, o al menos disminuir la divergencia, entre las limitaciones internas y externas al ejercicio del poder soberano»,[71] esto es, entre los deseos del soberano (y el Parlamento en Inglaterra es legalmente un soberano) y «los deseos permanentes de la nación».[72] Dicey concluía a este respecto:

La diferencia entre la voluntad del soberano y la de la nación quedó borrada al fundarse un sistema de gobierno representativo real. Cuando un parlamento representa auténticamente al pueblo, la divergencia entre el límite externo y el interno al ejercicio del poder soberano es muy difícil que surja, o si aparece, pronto deberá desaparecer. Hablando *grosso modo*, los deseos permanentes de la porción representativa del Parlamento apenas pueden, a largo plazo, diferir de los deseos del pueblo inglés, o al menos de los electores: lo que ordena la mayoría de la Casa de los Comunes es, por lo general, lo que la mayoría del pueblo inglés desea[73]

Desde luego, «representación» es más bien un término genérico. Podríamos adoptar solamente un concepto «jurídico» de él y concluir, como lo hacen diversos juristas en relación con la representación política en otros países, que este término no quiere decir ni más ni menos que lo que se pretende que signifique en términos del derecho constitucional o, como en Inglaterra, de las convenciones constitucionales que prevalecen en un momento dado. Pero, como señaló Dicey con mucha razón, hay también evidentemente un significado «político» de «representación», y es esta acepción política la que los científicos políticos resaltan, de acuerdo con los hechos reales.

El verbo «representar»,[74] procedente del latín *repraesentare*, esto es, volver a hacer presente, recibió diversos significados en la lengua inglesa primitiva, pero su primer uso político en el sentido de actuar como un agente autorizado o diputado de alguien dejó su huella en un folleto de 1651, de Isaac Pennington, y más tarde, en 1655, en un discurso de Oliver Cromwell del 22 de enero, en el Parlamento, en el que dijo: «He sido muy cuidadoso con vuestra seguridad y con la seguridad de

aquellos a quienes representáis.» Pero, ya en 1624, «representación» significaba «la sustitución de una cosa o persona por otra», especialmente con un derecho o autoridad para actuar por cuenta de otro. Pocos años más tarde, en 1649, encontramos la palabra «representante» aplicada a la asamblea del parlamento, en el decreto que abolía la institución de la realeza después de la ejecución de Carlos I. El decreto menciona a los «representantes» de la «nación» como aquellos por los que el pueblo es gobernado y a quienes el pueblo elige y da su confianza para ello, de acuerdo con sus «justos y antiguos derechos».

La cosa, en sí misma, era desde luego más antigua que la palabra. Por ejemplo, el famoso principio: «ningún impuesto sin representación», cuya importancia para el destino de los Estados Unidos no es preciso subrayar, había sido establecido en Inglaterra ya en 1297 por la declaración *De tallagio non concedendo*, que se confirmaría más tarde por la Petición de Derechos de 1628. Incluso antes, en 1295, la famosa disposición de Eduardo I dirigida al sheriff de Northamptonshire convocando a Parlamento en Westminster a los representantes elegidos por los condados y municipios, se aplicaba por primera vez a la práctica política (si prescindimos de la disposición similar anterior de Enrique III y de un precedente Parlamento de representantes no electivos en 1275), constituyendo un sistema alabado en tiempos más recientes como la novedad más espectacular en el terreno de la política desde los días de los griegos y los romanos».[75] La orden de Eduardo al sheriff indicaba claramente que las personas debían ser elegidas (*elegi facias*) —burgueses en las villas, caballeros en los condados y ciudadanos en las ciudades— e insistía en que debían tener «poder total y suficiente por sí mismos y por las comunidades... para hacer lo que el Consejo Común acordase ordenar en los asuntos a tratar, de manera que las cuestiones antes mencionadas [esto es, hacer lo necesario para evitar ciertos peligros graves que amenazaban al reino] no quedaran en vías de solución por falta de poder». Resulta por tanto claro que las personas convocadas por el rey a Westminster se concebían como procuradores y mandatarios auténticos de sus comunidades.

Es muy interesante, desde nuestro punto de vista, el hecho de que la «representación en el Consejo Común» no implicaba necesariamente que las decisiones hubieran de tomarse de acuerdo con la regla de la mayoría. Como han señalado ciertos expertos (por ejemplo, McKenzie en su *Commentary in Magna Charta*, 1914), una versión del comienzo de la Edad Media del principio «ningún impuesto sin representación» lo interpretaba como «ningún impuesto sin el consentimiento del individuo sometido a él», y hoy sabemos que, en 1221, el Obispo de Winchester, «convocado para dar su consentimiento a un impuesto de ‘scutage’, se negó a pagar una vez que el consejo había dado su asentimiento, basándose en que no estaba de acuerdo, y el tesorero público apoyó su alegato».[76] Sabemos también por el estudioso alemán Gierke que en las asambleas más o menos «representativas» celebradas por las tribus germánicas de

acuerdo con la ley de esos pueblos, «la unanimidad era requisito », si bien se podía obligar a una minoría a ceder, y que la idea de una conexión entre representación y regla de la mayoría se introdujo en la esfera política a través de los consejos eclesiásticos, que la adoptaron tomándola de la ley de las corporaciones, si bien incluso en la Iglesia los canonistas defendieron que las minorías poseían ciertos derechos incontestables, y que las cuestiones de fe no podían decidirse por simples mayorías.[77]

Así parece ser que la formación de grupos de decisión y de decisiones de grupo según un procedimiento coactivo basado en la idea de la regla de la mayoría, tanto si dichos grupos eran sólo «presentativos», o también «representativos» de las otras personas, fue recibida en un principio como algo no natural, al menos durante algún tiempo, por parte de nuestros antepasados, lo mismo en los consejos religiosos que en los políticos, y probablemente sólo sus ventajas en rapidez facilitaron su progreso en tiempos más recientes. De hecho, este procedimiento es bastante poco natural, ya que pasa por encima de una serie de elecciones, únicamente porque las personas que las hacen son menos numerosas que otras, e incluso este método de tomar decisiones no se adopta nunca en otras circunstancias, y si se adoptase, conduciría a resultados claramente desventajosos. Volveremos sobre esto más adelante. Baste aquí señalar que la representación política estuvo estrechamente ligada en sus orígenes a la idea de que los representantes actúan como agentes de otras personas, y según la voluntad de éstas.

Cuando, en los tiempos modernos, el principio de representación, en Inglaterra lo mismo que en otros países, se extendió prácticamente a todos los individuos de una comunidad política, o al menos a todos los adultos que pertenecían a ella, surgieron tres grandes problemas que debían ser resueltos si se quería que el principio representativo funcionase de verdad: 1) el de hacer que el número de ciudadanos con poder para elegir representantes correspondiera a la estructura real de la nación; 2) el de obtener candidatos al cargo de representantes que fueran exponentes adecuados de la voluntad del pueblo representado, y 3) el de adoptar un sistema de elección de representantes que diera lugar a un adecuado reflejo, a través de ellos, de las opiniones del pueblo representado.[78]

Apenas puede decirse que estos problemas, hasta ahora, hayan sido solucionados satisfactoriamente. Ninguno de ellos, hoy por hoy, ha sido resuelto en ningún país; ninguna nación ha podido preservar el espíritu de la representación como una actividad llevada a cabo de acuerdo con la voluntad del pueblo representado. Dejemos a un lado cuestiones tan importantes como las que planteó el famoso ensayo de John Stuart Mill sobre el *Gobierno representativo* (1861), relacionado con la cuestión de qué personas están autorizadas para ser representadas, y con la cuestión de la diferente importancia que se vaya a dar a las personas representadas según sus capacidades o su contribución a los gastos de la comunidad, etc. Dejemos

también a un lado, de momento, otra cuestión indudablemente muy importante y difícil de resolver, a saber, si una representación de la voluntad del pueblo podría o no ser consecuente en relación con un gran número de problemas o, en otras palabras, si es verdaderamente posible hablar de una «voluntad común» del pueblo en una serie de asuntos en los que la elección es de un tipo alternativo, sin que sea posible descubrir una manera de permitir a las gentes llegar a un acuerdo sobre cualquiera de sus elecciones. Schumpeter ha resaltado esta dificultad en su ensayo sobre *Capitalismo, socialismo y democracia*, concluyendo que la «voluntad común» es una expresión cuyo contenido debe ser inevitablemente contradictorio, cuando se refiere a los miembros individuales de una comunidad de la que se dice que tiene una «voluntad común». Si las cuestiones políticas son precisamente aquellas que no permiten más de una elección y si, además, no hay manera de descubrir por ningún método objetivo cuál es la elección más adecuada para una comunidad política, deberíamos llegar a la conclusión de que las decisiones políticas implican siempre un elemento que no es compatible con la libertad individual, y que, por tanto, no es compatible con una verdadera representación de la voluntad de aquellas personas cuya elección quizá haya sido rechazada en la decisión adoptada. Finalmente, dejemos a un lado, como algo no demasiado importante para nuestros propósitos, ciertas cuestiones especiales relacionadas con los diferentes sistemas de elección. Debemos observar que el voto no es el único sistema de elegir representantes. Disponemos de otros sistemas históricamente importantes, tales como los escrutinios realizados a veces por las antiguas ciudades griegas o por la república aristocrática de Venecia en los tiempos medievales y modernos, que constituyen diferentes métodos de votación, si es que se adopta el voto como medio de hacer la elección.

Estas cuestiones se pueden considerar, hasta cierto punto, como tecnicismos que se encuentran fuera del terreno de nuestra investigación. Ahora debemos concentrarnos en otros problemas.

Es verdad que la ampliación del principio de representación, a través de la extensión de ese derecho político a todos los ciudadanos, parece corresponder perfectamente a una concepción individualista de la representación, según la cual todo individuo debe estar representado de alguna manera en las decisiones que se han de tomar sobre las cuestiones de tipo general de la nación. Todo individuo debe ejercer su derecho de elegir, confiar e instruir a los representantes para tomar decisiones políticas, mediante una manifestación libre de su voluntad. Desde luego, como diría Disraeli, la voluntad de algunas personas puede estar perfectamente representada en ciertos casos por otras personas que adivinen sus deseos sin que hayan sido instruidas por ellas, tal como, según Schumpeter, hizo Napoleón cuando acabó con todas las luchas religiosas de su país durante su consulado. Podemos imaginar también que los intereses reales de algunas personas (esto es, al menos los intereses que algunas personas, más tarde, reconocen como suyos propios, pese a

cualquier opinión en contra que pudieran haber tenido antes) pueden estar mejor representados por algunos exponentes competentes e incorruptibles de su voluntad, en quienes nunca hubieran confiado o a quienes nunca hubieran delegado. Este es el caso de los padres que actúan como representantes de sus hijos en la vida privada y en los negocios. Me parece evidente, desde un punto de vista individualista, que nadie es más competente para conocer cuál es su propia voluntad que uno mismo. Por tanto, la verdadera representación de esa voluntad debe ser resultado de una elección del individuo que ha de ser representado. La extensión de la representación en los tiempos modernos parece corresponder a esta consideración. Hasta aquí todo va bien.

Pero surgen dificultades muy serias cuando el principio de representación mediante la elección individual de representantes se aplica a la vida política. En la vida privada, como norma, estas dificultades no existen. Cualquier persona puede entrar en contacto con otra en quien confía y nombrarle su agente para negociar un contrato, por ejemplo, de acuerdo con instrucciones que se pueden formular y comprender claramente y llevar a cabo con toda precisión.

En la vida política no ocurre nada parecido, y esto parece ser también consecuencia de la misma extensión de la representación al mayor número posible de individuos de una comunidad política. Para desdicha de este principio, cuanto más se intenta extenderlo, más se deteriora su finalidad. Es preciso hacer notar que la vida política no es el único terreno en el que han surgido estos inconvenientes en los tiempos recientes. Los economistas y los sociólogos han llamado ya nuestra atención sobre el hecho de que la representación de grandes corporaciones privadas funciona mal. Se señala que los accionistas tienen sólo una pequeña influencia en la política de los dirigentes, y el poder discrecional de estos últimos, resultado y causa también de la «revolución empresarial» de nuestro tiempo, es tanto mayor cuanto más numerosos son los accionistas representados por los ejecutivos de una empresa.[79] La historia de la representación, tanto en la vida política como en la económica, nos enseña una lección que la gente aún no ha aprendido. En mi país hay un dicho, *chi vuole vada*, que significa que si alguien quiere de verdad algo, tiene que ir personalmente y ver qué es lo que hay que hacer, en lugar de enviar un mensajero. Desde luego, su acción no tendrá buen resultado si no se trata de una persona sabia, hábil o suficientemente bien informada para lograr el resultado que pretende. Y esto es lo que los empresarios y representantes, en política y en los negocios, dirían si se molestaran en explicar a las personas que representan cómo se hacen de verdad las cosas.

John Stuart Mill puso de relieve el hecho de que la representación no puede funcionar, a no ser que las personas representadas participen de alguna manera en la actividad de sus representantes:

Las instituciones representativas poseen poco valor y pueden convertirse en un

simple instrumento de la tiranía o de la intriga, si la generalidad de los electores no están suficientemente interesados en su propio gobierno cuando dan su voto o, si es que votan, no conceden su sufragio fundándose en el interés público, sino que lo venden por dinero, o votan a la voz de mando de alguien que tiene control sobre ellos, o a quien, por razones privadas, desean propiciar. La elección popular así practicada, en vez de una seguridad contra el mal gobierno, es simplemente una rueda más de su maquinaria.[80]

Pero en la representación política surgen muchas dificultades que, probablemente, no se deben a una falta de sabiduría, a la mala voluntad o a la apatía de las personas representadas. Es una perogrullada decir que las cuestiones que se plantean en la vida política son demasiadas y demasiado complicadas, y que muchas de ellas, en realidad, resultan desconocidas, tanto a los representantes como al pueblo representado.

En esas condiciones, en la mayoría de los casos no se podría dar ningún tipo de instrucciones. Esto aparece en cualquier momento de la vida política de una comunidad, cuando los que se llaman a sí mismos representantes no están en situación de representar la verdadera voluntad del supuesto «pueblo representado», o bien cuando existen razones para pensar que los representantes y el pueblo representado no están de acuerdo sobre las cuestiones debatidas.

Al señalar este hecho, no me refiero únicamente a la manera habitual de elegir representantes hoy en día, esto es, por votación. Todas las dificultades que he señalado antes persisten, sea o no la votación el método de elegir representantes.

Pero el voto, por sí mismo, parece incrementar las dificultades relacionadas tanto con el significado de «representación» como con la «libertad » de los individuos para hacer su elección. Todos los problemas que acompañan a los grupos de decisión y a las decisiones de grupo continúan vigentes cuando consideramos el proceso de votación en los sistemas políticos actuales. La elección es el resultado de una decisión de grupo en la que todos los electores han de ser considerados como miembros de un grupo, por ejemplo, de sus asociaciones o del electorado considerado de manera global. Ya hemos visto que las decisiones de grupo implican procedimientos, tal como el de la regla de la mayoría, que no son compatibles con la libertad individual de elección del tipo que cualquier comprador o vendedor individual disfruta en el mercado y en cualquier otro tipo de elección que haga en su vida privada. Los efectos de la coacción en la maquinaria del voto se han puesto de relieve repetidamente por políticos, sociólogos, científicos de la política y, especialmente, matemáticos. Ciertos aspectos paradójicos de esta coacción se han puesto especialmente en evidencia por los críticos de métodos tan clásicos de representación como el denominado sistema de miembros aislados aún vigente en los países de habla inglesa. Deseo llamar la atención sobre el hecho de que estas críticas se basan principalmente en el supuesto de que el sistema no está de acuerdo

con el principio de «representación», esto es, si, como dijo John Stuart Mill, las cuestiones políticas se deciden «por una mayoría de la mayoría, que puede ser, y a menudo es, solamente una minoría en relación con el conjunto». Permítaseme citar el pasaje del ensayo de Mill referente a este tema:

Supóngase entonces que, en un país gobernado mediante sufragio igual y universal, tenga lugar una elección competida en cada grupo de votantes, y que cada una de las elecciones sea ganada por una pequeña mayoría. El parlamento así reunido no representa más que una simple mayoría del pueblo. Este parlamento procede a legislar, y adopta importantes medidas a través de una simple mayoría de sí mismo. ¿Qué garantía hay de que esas medidas estén de acuerdo con los deseos de una mayoría del pueblo? Casi la mitad de los electores elegidos en las votaciones previas carecen de influencia en la decisión, y todos ellos serán, o pueden ser —y una mayoría probablemente lo son— contrarios a las medidas; de hecho habían votado contra aquellos a quienes dichas medidas se deben. De los electores restantes, casi la mitad han elegido representantes que, según hemos admitido en nuestra hipótesis, han votado contra esas medidas. Es posible, por tanto, y en manera alguna improbable, que la opinión que ha prevalecido resulte grata sólo para una minoría de la nación.[81]

Esta argumentación no es completamente convincente, ya que el caso citado por Mill es probablemente sólo teórico, pero hay cierta verdad en él, y todos nosotros conocemos los recursos que se han inventado, tales como la representación proporcional, de la que no hay menos de trescientas variedades, para conseguir que las elecciones «representen » más la supuesta voluntad de los electores. Pero también se sabe que ningún otro sistema electoral elude estas insuperables dificultades, como se prueba por la misma existencia de artificios tales como el referéndum, las iniciativas, etc., que se han introducido, no para perfeccionar la representación, sino más bien para reemplazarla por algún otro sistema basado en un principio distinto, a saber, el de la democracia directa.

De hecho, ningún sistema representativo basado en elecciones puede funcionar bien mientras las elecciones se hagan con objeto de alcanzar decisiones de grupo mediante la regla de la mayoría, o cualquier otra norma cuyo efecto sea coartar al individuo del lado perdedor del electorado.

Así, los sistemas «representativos», tal y como se conciben habitualmente, en los que la elección y la representación son cosas asociadas, resultan incompatibles con la libertad individual, en el sentido de una libertad de elegir, dar poderes e instruir a un representante.

Sin embargo, la «representación» se ha conservado hasta hoy como una de las supuestas características de nuestro sistema político, recurriendo al expediente de vaciar simplemente la palabra de todo su contenido histórico y usarla como un

reclamo o, como los filósofos analíticos contemporáneos ingleses dirían, un término «persuasivo». De hecho, la palabra «representación» en política disfruta aún de una connotación favorable, ya que la gente inevitablemente la entiende en el sentido de una especie de relación entre «cestui qui trust» y un depositario de esa fe, tal y como ocurre en la vida privada y en los negocios, y lo mismo que Austin presuponía que ocurría en el derecho constitucional inglés. Como ha señalado uno de los más recientes especialistas de los partidos políticos actuales, R.T. McKenzie, «incluso muchos de los que saben hasta qué punto la clásica concepción de la democracia ha demostrado su incapacidad simulan aún, de puertas para afuera, un gran respeto hacia ella... También se va haciendo cada vez más evidente que la teoría clásica atribuía al electorado un grado verdaderamente irrisorio de iniciativa; esto llegaba casi hasta ignorar enteramente la importancia del caudillaje en el proceso político.»[82]

Entre tanto, un proceso de *monocratización* (para utilizar la palabra de Weber) tiene lugar ininterrumpidamente en los grupos del tipo de los partidos políticos, al menos en Europa, cumpliendo así la profecía hecha por mi conciudadano Roberto Michels, que, en su famoso ensayo, publicado en 1927 en la *American Political Science Review*, sobre el carácter sociológico de los partidos políticos, formuló la denominada «ley de hierro de la oligarquía», como la norma fundamental de la evolución interna de todos los partidos de la actualidad.

Todo esto afecta no sólo al destino de la democracia, sino también al de la libertad individual, en cuanto el individuo está implicado en el llamado proceso democrático, y en cuanto las ideas democráticas son compatibles con la de la libertad individual.

Hay una tendencia a aceptar las cosas tal como son, no sólo porque la gente es incapaz de ver nada mejor, sino también porque, frecuentemente, no son conscientes de lo que está ocurriendo en realidad. La gente justifica la «democracia» del momento actual, porque parece asegurar al menos una vaga participación del individuo en el proceso legislativo y en la administración del país —una participación que, por muy vaga que sea, se considera como lo más que se puede obtener en las circunstancias existentes. En un estado de ánimo similar, R.T.McKenzie escribe: «Es... realista argumentar que la esencia del proceso democrático es que debería proporcionar una libre competición para el caudillaje político.» Añade que «el papel fundamental del electorado no es el de tomar decisiones sobre temas específicos de la política, sino decidir cuál de dos o más grupos competidores de caudillos potenciales deberá tomar las decisiones».[83] Sin embargo, esto no es gran cosa para una teoría política que aún recurre al uso de términos como «democracia » o «representación». Tampoco es mucho, si consideramos que «representación» es algo bastante diferente de lo que estas nuevas teorías implican, o que, por lo menos, su concepto era bastante distinto hasta

hace poco tiempo en política, y continúa siéndolo en la vida privada y en los negocios.

Se pueden oponer objeciones válidas contra los argumentos de aquellos que aceptan esa versión mutilada del punto de vista individualista y piensan que el «sistema representativo», tal y como funciona hoy, es mejor que cualquier otro sistema que permita al pueblo participar de alguna manera en la formación de las políticas y, especialmente, en la legislación, de acuerdo con la libertad individual en la elección.

Sólo puede decirse que el pueblo participa en estos procesos cuando se recurre a las decisiones de grupo; por ejemplo, las de un grupo de electores o un consejo de representantes del tipo de un parlamento. Pero decir esto es aceptar un punto de vista estrictamente *legal*, es decir, basado en las regulaciones legales actuales, sin tomar en consideración todo lo que hay, o no hay, tras las normas oficiales. Ese punto de vista legal se hace insostenible tan pronto como descubrimos que la legislación y las constituciones, basándonos en las cuales deberíamos decidir si algo es «legal», radican ellas mismas frecuentemente en algo que no es en absoluto «legal». La Constitución americana, ese gran logro de tantos estadistas de primer rango de finales del siglo XVIII, fue el resultado de una acción *ilegal* adoptada en la convención de Filadelfia de 1787 por los padres fundadores, a quienes no se había conferido ningún poder de esta clase por la autoridad legal de que dependían, a saber, el congreso continental. Este último, a su vez, tuvo un origen *ilegal*, ya que había sido establecido como resultado de una rebelión de las colonias americanas contra el poder legal de la Corona británica.

El origen de la Constitución de Italia apenas puede decirse que sea más legal que el de la americana, aunque muchas personas en mi país no sean conscientes de esto. De hecho, la actual Constitución italiana la estructuró una asamblea constituyente, cuya creación fue, a su vez, debida a un decreto del 25 de junio de 1944, promulgado por el príncipe heredero de Italia, Humberto, que había sido nombrado «teniente general» del reino de Italia, sin límites en su competencia, por su padre el rey Víctor Manuel III, en un real decreto del 5 de junio de 1944. Pero ni el teniente general del reino de Italia ni el mismo Rey tenían poder legal para cambiar la Constitución ni para convocar una asamblea que la cambiara. Además, la promulgación del decreto antes citado derivó del denominado «acuerdo de Salerno», que tuvo lugar, bajo los auspicios de los poderes aliados, entre el rey Víctor Manuel III y los «representantes» de los partidos italianos, a quienes nadie había elegido en nuestro país mediante los medios habituales de elección. La Asamblea Constituyente era, por tanto, *ilegal* desde el punto de vista de la ley vigente en el reino, ya que el decreto que había originado dicha asamblea era ilegal él mismo, puesto que su autor, el «teniente general», lo había promulgado *ultra vires*. Por otra parte, hubiera sido muy difícil eludir actos «ilegales» en una situación como ésa.

Ninguna de las instituciones previstas por las leyes constitucionales del reino sobrevivió hasta junio de 1944. La Corona había cambiado de carácter después del nombramiento del teniente general; una de las ramas del parlamento, la *Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, había sido suprimida sin que hubiera sido reemplazada por otra, y la otra rama, el Senado, no estaba en situación de funcionar en ese momento. Ésta es una lección para quienes hablan de lo que es *legal* y lo que no lo es basándose en supuestas constituciones «legales», sin molestarse en tener en cuenta lo que puede haber detrás de todo ello.

Leslie Stephen señaló bastante bien los límites del punto de vista legal:

Los abogados tienden a hablar como si la legislatura fuera omnipotente, ya que no se ven precisados a ir más allá de sus decisiones. Desde luego, es omnipotente en el sentido de que puede hacer cualquier ley que le plazca, y en cuanto una ley significa cualquier norma establecida por la legislatura. Pero desde el punto de vista científico, el poder de la legislación está, por supuesto, estrictamente limitado. Está limitado, por así decirlo, tanto desde dentro como desde fuera: desde dentro, porque la legislatura es el producto de una cierta condición social, y está determinada por aquello que determina la sociedad; y desde fuera, porque el poder de imponer leyes depende del instinto de subordinación, que en sí mismo tiene sus límites. Si una legislatura decidiera que había que matar a todos los niños de ojos azules, la conservación de todos estos niños sería ilegal; pero los legisladores tendrían que haberse vuelto locos para dejar pasar una ley así, y los súbditos tendrían que ser idiotas para someterse a ella.[84]

Aunque estoy de acuerdo con Leslie Stephen, me pregunto, de pasada, si la idiotez de los «súbditos» empieza sólo ahí, o bien si los «súbditos » de hoy no podrán llegar a aceptar decisiones como ésas en el futuro, si los ideales de «representación» y «democracia» continúan durante largo tiempo siendo identificados con el poder, simple y llanamente, de decidir (como diría R.T. McKenzie) «cuál de entre dos o más grupos competidores de líderes potenciales tomará las decisiones» para todo tipo de acción y conducta de sus conciudadanos.

Desde luego, elegir entre competidores potenciales es la actividad propia de un individuo libre en el mercado. Pero existe una gran diferencia. Los competidores del mercado, si quieren conservar su posición, han de trabajar necesariamente en favor de sus votantes (esto es, los clientes), aunque ellos y esos mismos votantes no sean enteramente conscientes de esto. Los competidores políticos, en cambio, no trabajan necesariamente para sus votantes, ya que estos últimos, en realidad, no pueden elegir de la misma manera los «productos» peculiares de los políticos. Los fabricantes políticos (si se me permite utilizar esta palabra) son simultáneamente vendedores y compradores de sus productos, siempre en nombre de sus conciudadanos. De estos últimos no se espera que digan «no quiero este estatuto, no quiero este decreto», ya que, de acuerdo con la teoría de la representación, han

delegado ya este poder de elección en sus representantes.

Ciertamente, éste es un punto de vista *legal* que no coincide necesariamente con la actitud real de las personas afectadas. En mi país, los ciudadanos a menudo distinguen entre el punto de vista *lega l* y otros puntos de vista. Siempre he admirado los países en los que el punto de vista legal coincide en lo posible con cualquier otro punto de vista, y estoy convencido de que sus grandes logros políticos se deben fundamentalmente a esta coincidencia. Aún sigo convencido de esto, pero me pregunto si esta virtud no se puede transformar en un vicio cuando el punto de vista legal da lugar a una aceptación ciega de decisiones inadecuadas. Un dicho de mi país puede explicar por qué nuestros teóricos políticos, desde Maquiavelo a Pareto, Moscay Roberto Michels, apenas prestaban atención al punto de vista *legal*, sino que trataban de ir más allá de él para ver lo que ocurría a sus espaldas. No creo que los pueblos de habla germánica o inglesa tengan un dicho similar: *Chi comanda fa la legge*, esto es, «quien manda hace la ley». Esto suena como una frase de Hobbes, pero sin su insistencia en la *necesidad* de un poder supremo. Se trata más bien, si no me equivoco, de un aforismo cínico o, si se prefiere, realista. Los griegos, por supuesto, tenían una doctrina similar, aunque ignoro si también un dicho parecido.

No es que yo recomiende ese cinismo político. Simplemente resalto las implicaciones científicas de dicho cinismo, si es que es posible calificar a una doctrina de cínica. El que detenta el poder hace la ley. Cierto, pero ¿qué hay del pueblo que no tiene el poder? El dicho calla aparentemente sobre éste, pero creo que la conclusión natural que se puede sacar de la doctrina es un punto de vista bastante crítico de los límites de la ley, cuando ésta se centra en el poder político. Esto explica probablemente por qué mis compatriotas no se saben de memoria sus constituciones escritas, tal y como muchos americanos se las saben. Mis compatriotas están convencidos, lo digo casi por instinto, de que las leyes y constituciones escritas no constituyen la última palabra del drama político. No sólo cambian, incluso con bastante frecuencia, sino que no siempre corresponden a la l*ey escrita en tablas vivientes*, como diría lord Bacon. Me atrevo a decir que hay una especie de sistema de derecho consuetudinario cínico que subyace al sistema de la ley escrita de mi país, y que difiere del sistema de derecho consuetudinario inglés, no sólo por no estar escrito, sino por carecer de reconocimiento oficial.

Además, me inclino a pensar que algo similar ocurre, y ocurrirá quizá cada vez más en el futuro, en otros países en que la coincidencia entre el punto de vista legal y otros puntos de vista ha sido casi perfecta hasta los tiempos más recientes. La aceptación ciega del punto de vista legal contemporáneo conducirá a la destrucción gradual de la libertad individual de elección, en política tanto como en el mercado y en la vida privada, ya que el punto de vista legal contemporáneo supone la creciente sustitución de la elección individual por las decisiones de grupo y la progresiva

eliminación de los ajustes espontáneos no sólo entre las demandas individuales y ofertas individuales de bienes y servicios, sino de todo tipo de comportamiento, por procedimientos tan rígidos y coactivos como el de la regla de la mayoría.

Para resumir mis puntos de vista sobre esta cuestión: hay mucha más legislación, hay muchas más decisiones de grupo, muchas más elecciones rígidas, y muchas menos «leyes vivas», muchas menos decisiones individuales, muchas menos elecciones libres en todos los sistemas políticos contemporáneos de lo que sería necesario para preservar la libertad individual de elección.

No quiero decir que deberíamos prescindir enteramente de la legislación y abandonar las decisiones de grupo y la regla de la mayoría para recuperar la libertad individual de elección en todos los campos en que la hemos perdido. Estoy enteramente de acuerdo en que, en algunos casos, las cuestiones involucradas conciernen a todo el mundo y no se pueden resolver mediante los ajustes espontáneos y las elecciones mutuamente compatibles de los individuos. No hay ninguna evidencia histórica de que alguna vez haya existido un estado de cosas anárquico del tipo que resultaría si la legislación, las decisiones de grupo y la coacción de las elecciones individuales se eliminaran completamente.

Pero estoy convencido de que, cuanto más consigamos reducir la amplia área ocupada en el momento presente por las decisiones de grupo en política y en las cuestiones legales, con todo su acompañamiento de elecciones, legislación, etc., tanto más éxito podremos tener a la hora de establecer un estado de cosas similar al que prevalece en el dominio del lenguaje, del derecho consuetudinario, del mercado libre, de la moda, de las costumbres, etc., en que las elecciones individuales se ajustan unas a otras, y ninguna de ellas resulta nunca atropellada Opino que, en el momento presente, la extensión que se ha reservado al área en que se estiman necesarias o convenientes las decisiones de grupo se ha exagerado grandemente, mientras que la concedida al área en que tienen lugar los ajustes individuales espontáneos se ha circunscrito mucho más de lo que sería aconsejable hacer, si es que queremos preservar el significado tradicional de la gran mayoría de los grandes ideales del mundo occidental.

Sugiero que se retracen los mapas de las áreas antes mencionadas, ya que aparecen hoy muchas tierras y mares en ellos, en lugares en que, en los antiguos mapas clásicos, no se veía nada. Sospecho también, si es que se me permite continuar utilizando esta metáfora, que en los mapas actuales hay signos y marcas que no corresponden verdaderamente a ninguna tierra recientemente descubierta, y que algunas tierras no deberían estar situadas donde se las ha puesto, por culpa de geógrafos inexactos del mundo político. De hecho, algunas de las marcas que aparecen en los mapas políticos actuales representan solamente minúsculos puntos sin ninguna realidad que corresponda a ellos, y nuestro comportamiento en relación con los mismos se parece al del patrón que confunde la suciedad que una mosca

dejó tras de sí con una isla, y se pasa tiempo y tiempo buscando en el océano esa supuesta «isla».

Al dibujar estos mapas de las áreas ocupadas respectivamente por las decisiones de grupo y por las decisiones individuales, deberíamos tener en cuenta el hecho de que las primeras comprenden decisiones de la variedad todo o nada, como diría el profesor Buchanan, mientras que las últimas comprenden decisiones articuladas, compatibles —o incluso complementarias— con las de otras personas.

Una regla de oro para esta reforma —si no me equivoco— sería que todas aquellas decisiones individuales que hayan demostrado no ser incompatibles unas con otras deberían mantenerse, a costa de las correspondientes decisiones de grupo, en relación con alternativas entre las que se ha pensado, erróneamente, que existían incompatibilidades. Sería tonto, por ejemplo, someter a los individuos a una decisión de grupo en relación con cuestiones tales como la de si se debería ir al cine o pasear, siempre y cuando no exista incompatibilidad entre estas dos formas de comportamiento individual.

Los defensores de las decisiones de grupo (por ejemplo, de la legislación) están inclinados siempre a pensar que en este o aquel caso las elecciones individuales son mutuamente incompatibles, que los asuntos en cuestión son necesariamente del tipo todo o nada y que la única manera de llegar a una elección final es adoptar un procedimiento coactivo como el de la regla de la mayoría. Estas personas pretenden ser campeones de la democracia. Pero deberíamos recordar siempre que, cuando se sustituye innecesariamente la elección individual por la regla de la mayoría, la democracia entra en conflicto con la libertad individual. Es este tipo particular de democracia el que debería mantenerse a un nivel mínimo, para preservar el máximo de democracia compatible con la libertad individual.

Por supuesto, sería necesario evitar malentendidos ya en el mismo punto de partida de la reforma que estoy proponiendo. La libertad no debe concebirse indiferentemente como «libertad de necesidades», ni «libertad de cara a los hombres», de la misma manera que la coacción no debería entenderse como «coacción» ejercida por personas que no han hecho nada para coartar a otros.

La determinación de varias formas de conducta y decisiones para desentrañar el área a la que pertenecen propiamente y localizarlas en ella, si se lleva a cabo de una manera coherente, implicaría, evidentemente, una gran revolución en las constituciones actuales y en la legislación y el derecho administrativo. Esta revolución consistiría, en su mayor parte, en el desplazamiento de normas del área del derecho escrito a la del derecho no escrito. En este proceso de desplazamiento habría que atender mucho al concepto de *certeza de la ley*, entendido como una certeza a largo plazo, para así hacer posible que los individuos realicen sus elecciones libremente con vistas no sólo al presente, sino al futuro. En este proceso,

el poder judicial debería ser separado en lo posible de los otros poderes, como lo estuvo en los tiempo de Roma y en la Edad Media, cuando la *jurisdictio* se encontraba tan aislada como era posible del *imperium*. La juricatura debería concentrarse mucho más en descubrir lo que es la ley que en imponer a las partes en disputa lo que los jueces quieren que la ley sea.

El proceso legislativo debería ser reformado, convirtiéndolo fundamentalmente, si no exclusivamente, en un proceso espontáneo, similar al del comercio o al del lenguaje, o a los que convierten a otros tipos de relaciones entre individuos en compatibles y complementarias.

Se puede objetar que una reforma así equivaldría a la creación de un mundo utópico. Pero un mundo así no fue, tomado globalmente, utópico en diversos países y en varios momentos de la historia, algunos de los cuales no se han desvanecido completamente de la memoria de las generaciones vivientes. Por otra parte, probablemente resulta mucho más utópico continuar apelando a un mundo en el que los antiguos ideales están pereciendo y sólo quedan viejas palabras, parecidas a cáscaras vacías, que cada cual rellena con sus significados favoritos, sin mirar para nada el resultado final.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo VII

Libertad y voluntad común

Para un observador superficial, mi sugerencia de volver a trazar los mapas de las áreas ocupadas respectivamente por las elecciones individuales y las decisiones de grupo puede parecer más un osado ataque al sistema actual, con su insistencia en los grupos de decisión y en las decisiones de grupo, que un argumento convincente en favor de otro sistema que se apoye en las decisiones individuales.

En política parece haber muchos asuntos para los que, al menos en principio, no puede existir un acuerdo unánime, y, por tanto, las decisiones de grupo, con su cortejo de procedimientos coercitivos, regla de la mayoría, etc., resultan inevitables. Esto puede ser cierto en los sistemas presentes, pero no ocurre lo mismo con esos sistemas, una vez que se ha hecho un estudio detenido de las cuestiones que han de ser decididas por grupos según procedimientos coercitivos.

Los grupos de decisión nos recuerdan demasiado a menudo a grupos de ladrones, de los que el eminente especialista americano Lawrence Lowell observó en una ocasión que no constituyen una «mayoría» cuando, después de haber esperado a un transeúnte en un lugar solitario, le quitan su dinero. Según Lowell, un puñado de personas no se puede calificar de «mayoría», en comparación con la persona a quien roban. Y esta última tampoco puede ser tildada de «minoría». Hay

protecciones constitucionales y, por supuesto, una legislación criminal en los Estados Unidos, lo mismo que en los otros países, que tiende a prevenir la formación de este tipo de «mayorías». Por desgracia, muchas mayorías en nuestra época tienen a menudo mucho en común con esa «mayoría» peculiar descrita por Lawrence Lowell. Son mayorías *legales*, constituidas de acuerdo con el derecho escrito y con las constituciones, o, al menos, de acuerdo con algunas interpretaciones, bastante elásticas, de las constituciones de muchos países del momento actual. Por ejemplo, siempre que una mayoría de los supuestos «representantes del pueblo» se las arregla para conseguir una decisión de grupo, del tipo de los actuales decretos acerca de los propietarios y arrendatarios en Inglaterra, o estatutos similares en Italia o en otro lugar, destinados a forzar a los propietarios a mantener en sus casas, contra su voluntad y contra cualquier acuerdo previo, a una renta baja, a inquilinos que podrían pagar fácilmente, en la mayoría de los casos, una renta de acuerdo con los precios del mercado, yo no veo ninguna razón para distinguir esta mayoría de la descrita por Lawrence Lowell. Existe sólo una diferencia: esta última no está permitida por la ley escrita del país, mientras que la primera, en el momento presente, sí lo está.

De hecho, la característica que ambas «mayorías» tienen en común es la coacción ejercida por parte de ciertas personas, más numerosas, contra otras menos numerosas, para hacer que estas últimas se resignen a lo que nunca se resignarían si pudieran elegir libremente y llegar a acuerdos libres con ellas. No hay ninguna razón para suponer que los individuos que pertenecen a estas mayorías pensaran de una manera diferente de como lo hacen sus víctimas actuales, si pasaran a formar parte de las minorías que han conseguido coaccionar. Así, la sentencia de los Evangelios, que se remonta tan lejos al menos como la filosofía de Confucio, y que es probablemente una de las reglas más concisas de la filosofía de la libertad individual —«no hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti»— la modifican las mayorías del tipo Lowell como sigue: «Haz a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti.» A este respecto, Schumpeter tenía razón cuando dijo que la «voluntad común» no es más que una ficción en las modernas comunidades políticas. No hay más remedio que darle la razón cuando se piensa en todos los casos de decisiones de grupo como los que acabo de mencionar. Las personas que pertenecen al lado ganador del grupo dicen que están decidiendo en favor del interés común y según la «voluntad común».

Pero siempre que están en juego decisiones que fuerzan a minorías a ceder su dinero, o a mantener en sus casas a otras personas a quienes no querrían alojar, faltará la unanimidad por parte de todos los miembros del grupo. Es verdad que muchas personas consideran precisamente esta falta de unanimidad como una buena razón para invocar los grupos de decisión y los procedimientos coercitivos. Sin embargo, ésta no es una objeción seria contra la reforma que propongo. Si consideramos que uno de los principales objetivos de esa reforma consistiría en

restaurar la libertad individual, considerada como libertad de la coacción ejercida por otras personas, no podremos verdaderamente encontrar ninguna razón para conceder un lugar en nuestro sistema a aquellas decisiones que implican el ejercicio de una coacción sobre un grupo menos numeroso y en favor de otro más numeroso. Es imposible que exista una «voluntad común» en este tipo de decisiones, a no ser que se identifique simplemente la «voluntad común» con la voluntad de las mayorías, sin tener en cuenta para nada la libertad de las personas que pertenecen a las minorías.

Por otra parte, la «voluntad común» tiene una acepción mucho más convincente que la adoptada por los defensores de las decisiones de grupo. Es *la voluntad que emerge de la colaboración de todas las personasinteresadas, sin que se recurra a las decisiones de grupo y a losgrupos de decisión*. Esta voluntad común crea y mantiene las palabras del lenguaje ordinario y los acuerdos y compromisos entre varias partes, sin necesidad de coacción en las relaciones entre los individuos; exalta a los artistas populares, a los escritores, a los actores y a los luchadores; y crea y mantiene vivas las modas, las reglas de cortesía, los nuevos modales, etc. Esta voluntad es «común» en el sentido de quetodos aquellos individuos que participan en su manifestación y ejercicioen una comunidad están libres para hacerlo, mientras todos aquellosque, en un momento dado, no estén de acuerdo son igualmentelibres para comportarse así a su vez sin que nadie les fuerce a aceptarotra decisión. Bajo este sistema, todos los miembros de la comunidad parecen estar de acuerdo, en principio, en que los sentimientos, las acciones, las formas de conducta, etc., de los individuos que pertenecen a la comunidad son perfectamente admisibles y permisibles sin que nadie se moleste, sin tener en cuenta para nada el número de individuos que prefieren comportarse o actuar de esa manera.

Cierto que esto es más bien un modelo teórico de la «voluntad común » y no una situación históricamente vivida en todos sus detalles. Pero la historia nos ofrece un número de ejemplos de sociedades en las que puede decirse que la «voluntad común» ha existido precisamente en el sentido descrito. Incluso hoy, y aun en aquellos países en los que los métodos coercitivos se aplican ampliamente, existen muchas situaciones en las que una verdadera voluntad común surge, y nadie negaría seriamente su existencia, ni nadie querría que las cosas fueran de otro modo.

Veamos ahora si podemos imaginar una «voluntad común» que se refleje no sólo en un lenguaje común o en una ley común, en costumbres, gustos, etc., comunes, sino también en las decisiones de grupo, con todo su cortejo de procedimientos coercitivos.

Hablando estrictamente, deberíamos concluir que ninguna decisión de grupo, si no es unánime, constituye la expresión de la voluntad común a todas las personas que participan en esa decisión en un momento dado. Pero las decisiones se toman en algunos casos contra minorías, como, por ejemplo, cuando un veredicto es

emitido por un jurado contra un ladrón o un asesino, que no dudaría a su vez en adoptar o favorecer esa misma decisión si él hubiera sido la víctima de otras personas. Se ha observado repetidamente, desde los tiempos de Platón, que los piratas y ladrones se ven obligados a admitir una ley común a todos ellos para evitar que su banda se disuelva o se destruya. Teniendo en cuenta estos hechos, podemos decir que existen decisiones que, aunque no reflejen en todo momento la voluntad de todos los miembros del grupo, se pueden considerar «comunes» al grupo, en cuanto que cada uno de sus miembros las admitiría en circunstancias similares. Pienso que éste es el núcleo de verdad que contienen ciertas consideraciones paradójicas de Rousseau, que parecen bastante tontas a sus adversarios o a los lectores superficiales. Cuando dice que un criminal desea su propia condena, ya que previamente llegó al acuerdo con las otras personas de castigar a todos los criminales y también a él mismo, si llegara el caso, el filósofo francés hace una afirmación que, tomada literalmente, no tiene sentido. Pero no es absurdo presumir que cualquier criminal admitiría, e incluso exigiría, la condena de otros criminales en las mismas circunstancias. En este sentido hay una «voluntad común» de todos los miembros de una comunidad para impedir y, si llegara el caso, castigar, ciertos tipos de conducta que en esa sociedad se definen como crímenes. Esto se aplica, más o menos, a todos los demás tipos de conducta denominados agravios en los países de habla inglesa, esto es, formas de comportamiento que, según una convicción compartida comúnmente, no se permiten en la comunidad.

Existe una obvia diferencia entre el objeto de las decisiones de grupo que se relacionan con el rechazo de formas de conducta tales como crímenes o agravios, y las decisiones relacionadas con otras formas de conducta, tales como las impuestas a los propietarios en las disposiciones antes mencionadas. En el primer caso, la sentencia se pronuncia por el grupo contra un individuo o una minoría de miembros individuales del grupo que han cometido un robo, dentro del mismo grupo. En el segundo caso, se toman decisiones que consisten simplemente en cometer cierto robo contra otras personas, a saber, contra unas personas que pertenecen a una minoría del grupo. En el primer ejemplo, todos, incluso cada uno de los miembros de la minoría condenada por robo, aprobarían la condena en cualquier caso que no fuera el suyo, mientras que en el último caso ocurre justamente lo contrario: la decisión (por ejemplo, robar a una minoría de un grupo) no sería aprobada por los mismos miembros de la mayoría vencedora en ningún caso en que ellos mismos fueran víctimas de ella. Pero, en uno y otro caso, todos los miembros de los grupos afectados sienten, como hemos visto, que ciertos tipos de conducta son condenables. Esto es lo que nos permite decir que realmente existen decisiones de grupo que pueden corresponder a una «voluntad común», siempre que podamos presuponer que el objeto de esas decisiones sería aprobado en circunstancias similares por todos los miembros del grupo, incluso los miembros minoritarios que en ese momento son víctimas. Por otro lado, no podemos considerar que

correspondan a la «voluntad común» de un grupo decisiones tales que no resultarían aprobadas en las mismas circunstancias por ningún miembro de grupo, incluso los miembros de la mayoría que en este momento se benefician.

Las decisiones de grupo en este último tipo deberían ser totalmente eliminadas del mapa que señala el área de las decisiones de grupo aconsejables o necesarias en la sociedad contemporánea. Todas las decisiones de grupo del primer tipo deberían ser conservadas en el mapa, una vez precisado rigurosamente su objetivo. Por supuesto, no pienso que eliminar tales decisiones de grupo resultaría una tarea fácil para nadie en el momento actual. La eliminación de todas las decisiones de grupo tomadas por mayorías del tipo Lowell significaría terminar de una vez por todas esa especie de estado de guerra legal que enfrenta a un grupo contra otro en la sociedad contemporánea, a causa del perpetuo intento de sus miembros respectivos para coartar, en su propio beneficio, a los otros miembros de la comunidad, y obligarles a aceptar acciones y tratamientos que les perjudican. Desde este punto de vista, se podría aplicar a una considerable parte de la legislación contemporánea la definición que el teórico alemán Clausewitz aplicó a la guerra, a saber, que constituye un medio de obtener aquellos fines que ya no se pueden conseguir mediante las negociaciones habituales. Es este concepto dominante de la ley como instrumento para propósitos partidistas el que sugirió, hace un siglo, a Bastiat su famosa definición del Estado: *L'État, la grande fictionà travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre au dépens de tout lemonde*. («El estado es la gran ficción mediante la cual todos se esfuerzan por vivir a costa de los demás.») Hemos de admitir que esta definición también puede aplicarse a la situación actual.

Un concepto agresivo de la legislación para hacerla servir a intereses particularistas ha subvertido el ideal de la sociedad política como entidad homogénea o, incluso, como sociedad simplemente. Las minorías, forzadas a aceptar los resultados de una legislación con la que nunca estarían de acuerdo en otras condiciones, se sienten injustamente tratadas y aceptan su situación sólo para evitar cosas peores, o la consideran como una excusa para obtener en su favor otras leyes que, a su vez, perjudicarán a otras personas. Quizá este cuadro no se aplique a los Estados Unidos en grado tan completo como a diversos países europeos, en los que los ideales socialistas han servido para tapar muchos intereses partidistas de mayorías transitorias o permanentes. Sin embargo, no es preciso recordar sino leyes tales como el decreto Norris-La Guardia para convencer a mis lectores de que lo que digo se aplica también a este país. Aquí, no obstante, los privilegios legales a favor de grupos particulares no los pagan otros grupos particulares, como en el caso de los países europeos, sino todos los ciudadanos en su condición de contribuyentes.

Afortunadamente para todos aquellos que confían en que la reforma que he sugerido tendrá lugar más pronto o más tarde las decisiones de grupo en nuestra

sociedad no son todas del tipo vejatorio que acabo de considerar, lo mismo que no todas las mayorías pertenecen a la variedad de Lowell.

Las decisiones de grupo que aparecen en los mapas políticos actuales se refieren también a objetos que estarían más adecuadamente situados en las zonas de las decisiones individuales. Estos objetos, por ejemplo, los cubre la legislación contemporánea siempre que se limita a resumir lo que se considera habitualmente como un derecho o un deber por parte de las personas de un país. Sospecho que muchos de los que invocan las leyes escritas contra los poderes arbitrarios de los individuos, trátese de tiranos o de funcionarios estatales, o incluso de mayorías transitorias como las que prevalecieron en Atenas en la segunda mitad del siglo V antes de Cristo, piensan más o menos conscientemente en las leyes como en algo que se limita a resumir las normas no escritas ya adoptadas por todo el pueblo en una sociedad dada. De hecho, muchas regulaciones escritas podrían, y aún pueden, considerarse simplemente como resúmenes de normas no escritas, al menos en lo que se refiere a su contenido, si no a la intención de los legisladores involucrados. Un caso clásico es el *corpus juris* de Justiniano. Esto es verdad, pese al hecho de que, según la intención explícita de este emperador, que (no debemos olvidarlo) pertenecía a un país y a un pueblo inclinado a identificar la ley del país con su derecho *escrito*, todo el *corpus juris*, globalmente, había de ser adoptado por sus súbditos como un estatuto promulgado por el mismo emperador.

Pero la estrecha conexión existente entre el ideal del *corpus juris* como una ley escrita y el derecho consuetudinario no escrito en él incorporado se patentizó de manera sorprendente por el contenido del *corpus*. De hecho, la parte central y más duradera de él, la denominada *Pandectae* o *Digesta*, consistía totalmente en declaraciones de los antiguos jurisconsultos romanos, relacionadas con el derecho no escrito. Justiniano reunía y seleccionaba sus obras (y puede así ser considerado, por cierto, como el editor del más famoso *Reader's Digest* de todos los tiempos) para presentarlas a sus súbditos como una formulación particular de sus órdenes personales. Es verdad que, según los estudiosos modernos, la recopilación, la selección y el compendio de Justiniano debieron ser bastante marrulleros, al menos en muchos casos en los que surgen dudas bastante razonables sobre la autenticidad de los textos incluidos en el *corpus* y supuestamente pertenecientes a los antiguos jurisconsultos romanos, tales como Paulo o Ulpiano. Pero ningún especialista duda de la autenticidad de la selección como un todo. Incluso esas dudas sobre la autenticidad de la selección de casos particulares se han abandonado, hasta cierto punto, en los tiempos más recientes.

A su vez, la selección de Justiniano fue objeto de un proceso similar por parte de los jurisconsultos continentales en la Edad Media y en los tiempos modernos, antes de nuestra época de códigos y de constituciones escritas. Para los jurisconsultos continentales de aquellos días no se trataba ya de «seleccionar» al estilo de

Justiniano, sino de «interpretar », esto es, de extender el significado de los textos de Justiniano, siempre que fuera necesario dar expresión a nuevas exigencias, sin dejar perder por ello su validez global esencial, hasta los tiempos más recientes, como ley del país para la mayoría de las naciones continentales de Europa. Así, mientras que el viejo emperador transformó el derecho consuetudinario descubierto por los jurisconsultos romanos en un derecho escrito, promulgado formalmente por él, los jurisconsultos medievales y modernos del continente, antes de la promulgación de los códigos actuales, transformaron a su vez el derecho formalmente estatuido por Justiniano en una nueva ley determinada por los juristas, un *Juristenrecht*, como solían denominarla habitualmente los alemanes, que constituía, más o menos, una edición revisada del *corpus* de Justiniano y, por tanto, de la antigua ley romana.

Para su gran sorpresa, un colega mío italiano descubrió hace algunos años que el *corpus* de Justiniano era aún literalmente válido en algunos países del mundo —por ejemplo, en Africa del Sur—. Uno de sus clientes, una señora residente en Italia que poseía algunas propiedades en Sudáfrica, le había encargado de las transacciones correspondientes, cosa que él aceptó realizar. Más tarde, su corresponsal en Sudáfrica le pidió que enviase una declaración firmada por esa señora, por la que ella renunciaba a servirse en el futuro del privilegio concedido a las mujeres por el *senatus consultum velleianum*, esto es, una disposición promulgada por el Senado romano 19 siglos antes, por la que se autorizaba a las mujeres a retractarse de su palabra y, en general, a rehusar el mantener ciertos convenios realizados con otras personas. Aquellos sabios senadores romanos eran conscientes de que las mujeres están inclinadas a cambiar de opinión y que, por tanto, hubiera sido injusto requerir de ellas la misma consecuencia que, habitualmente, exigía de los hombres la ley del país. Me inclino a suponer que el resultado de la disposición del Senado fue algo distinto del esperado por los senadores. Después de promulgado el *senatus consultum*, la gente tendría muy pocas ganas de hacer convenios con las mujeres. Un remedio para este inconveniente se encontró, finalmente, al admitir que las mujeres pudieran renunciar al privilegio del *senatus consultum* antes de formalizar ciertos contratos, tales como la venta de tierras. Mi colega envió a Sudáfrica la renuncia del derecho de su cliente a invocar el *senatus consultum velleianum*, firmada por la señora, y la venta se realizó en el momento oportuno.

Cuando me contaron esta anécdota, reflexioné divertido que hay personas que piensan que lo único que necesitamos para ser felices son nuevas leyes. Por el contrario, se amontonan las evidencias históricas que apoyan la conclusión de que, incluso la legislación, en muchos casos, después de siglos y generaciones, ha reflejado mucho más un proceso espontáneo de formación de la ley que la voluntad arbitraria de una decisión mayoritaria realizada por un grupo de legisladores.

La palabra alemana *Rechtsfindung*, esto es, la operación de hallar la ley, parece expresar muy bien la idea central del *Juristenrecht* y de la actividad de los juristas

de la Europa continental en conjunto. La ley no se concebía como algo *promulgado*, sino como algo existente que era necesario hallar, *descubrir*. Esta operación no tenía que llevarse a cabo directamente, averiguando los significados de los convenios y de los sentimientos humanos relacionados con los derechos y los deberes, sino, ante todo (al menos en apariencia), determinando el significado de un texto escrito hacía 2000 años, tal como la recopilación de Justiniano.

Esta idea resulta interesante desde nuestro punto de vista, ya que nos ofrece una evidencia del hecho de que el *derecho escrito*, en sí mismo, no es siempre necesariamente una legislación, esto es, una *ley promulgada*. El *corpus juris* de Justiniano, en la Europa continental, no constituía ya una legislación, al menos en el sentido técnico de la palabra, o sea, una ley promulgada por la autoridad legislativa de los países europeos. (Esto, por cierto, complacería probablemente a quienes se aferran a un ideal de la certeza de la ley en el sentido de fórmulasprecisas, sin sacrificar el ideal de la certeza de la ley entendida como la posibilidad de hacer planes a largo plazo.)

Los códigos de la Europa continental ofrecen otros ejemplos de un fenómeno del que pocos son hoy conscientes, a saber, la estricta conexión entre el ideal de una ley promulgada formalmente y el ideal de una ley cuyo contenido sea verdaderamente independiente de la legislación. Estos códigos se pueden considerar, a su vez, principalmente, como resúmenes del *corpus juris* de Justiniano, y de las interpretaciones que la recopilación de Justiniano había sufrido por parte de los jurisconsultos europeos durante varios siglos, en la Edad Media y en los tiempos modernos, antes de la promulgación de dichos códigos.

Podríamos comparar los códigos de la Europa continental, hasta cierto punto, con las sentencias oficiales que las autoridades, por ejemplo en los *municipia* italianos de los tiempos romanos, solían emitir certificando la pureza y el peso de los metales empleados por personas privadas para hacer moneda, mientras que la legislación actual se podría comparar, en general, a la interferencia que todos los gobiernos contemporáneos hacen en la fijación del valor de los bonos legales no convertibles que emiten. (Por cierto que los bonos legales constituyen, en sí, un ejemplo notable de legislación en el sentido contemporáneo, esto es, de una decisión de grupo cuyo resultado es que ciertos miembros del grupo son sacrificados en beneficio de otros, cosa que no podría ocurrir si los primeros pudieran elegir libremente qué moneda aceptar y cuál rechazar.)

Los códigos de la Europa continental, como el código de Napoleón, o el código austriaco de 1811, o el código alemán de 1900, fueron el resultado de las severas críticas a que fue sometida la recopilación de Justiniano, ya transformada en el *Juristenrecht*. Uno de los motivos principales para la codificación propuesta fue el deseo de certeza de la ley, en el sentido de precisión verbal. Las *Pandectae* parecían representar un sistema de normas más bien vago, muchas de las cuales

podrían ser consideradas como ejemplos particulares de una regla más general que los jurisconsultos romanos no se habían tomado la molestia de formular. Desde luego, éstos habían rehuido deliberadamente, en la mayor parte de los casos, esas formulaciones, para evitar quedar prisioneros de sus propias normas siempre que hubieran de habérselas con casos hasta entonces sin precedentes. Verdaderamente, había una contradicción en la recopilación de Justiniano. El emperador había querido transformar en un sistema cerrado y planificado lo que los legistas romanos habían considerado siempre como un sistema abierto y espontáneo, pero lo había intentado recurriendo a la misma obra de aquellos legistas. Así, el sistema de Justiniano resultó ser demasiado abierto para un sistema cerrado, mientras que, a su vez, el *Juristenrecht*, funcionando en su característica manera fragmentaria, había incrementado, en vez de reducirla, la contradicción inicial del sistema de Justiniano.

La codificación representaba un paso considerable en la dirección de la idea de Justiniano de que la ley es un sistema cerrado, que ha de ser planificado por expertos bajo la dirección de las autoridades políticas, pero implicaba también que la planificación debía relacionarse más con la forma que con el contenido de la ley.

Así, un eminente estudioso alemán, Eugen Ehrlich, escribió que «la reforma de la ley en el código alemán de 1900 y en los códigos continentales anteriores era más aparente que real».[85] El *Juristenrecht* pasó casi intacto a los nuevos códigos, si bien en una forma bastante abreviada, cuya interpretación aún implicaba un conocimiento sustancial de la precedente literatura judicial del continente.

Por desgracia, después de cierto tiempo, el ideal recientemente adoptado de dar forma legislativa a un contenido no legislativo se mostró contradictorio. El derecho no legislativo cambia siempre, si bien lentamente y de una manera bastante oculta. No puede transformarse en un sistema cerrado, como tampoco podría hacerlo el lenguaje ordinario, aunque ese intento lo han hecho varios especialistas en diversos países, por ejemplo, los fundadores del esperanto y de otros lenguajes artificiales. El remedio adoptado de cara a este inconveniente resultó bastante ineficaz. Había que promulgar nuevas leyes escritas para modificar los códigos y, gradualmente, el sistema cerrado original de los códigos quedó rodeado y sobrecargado por un enorme cúmulo de otras normas escritas, cuyo amontonamiento constituye una de las características más sobresalientes de los sistemas legales europeos actuales. Sin embargo, los códigos se consideran todavía en los países europeos como el núcleo de la ley, y en cuanto su contenido original se ha preservado, podemos reconocer en ellos la conexión entre el ideal de una ley promulgada formalmente y un contenido que se puede rastrear aún hasta el derecho no escrito que, en su día, inspiró la compilación de Justiniano.

Si consideramos, por otra parte, lo que ha ocurrido en tiempos bastante recientes en los países de habla inglesa, podremos encontrar fácilmente ejemplos del mismo proceso. Diversos decretos del parlamento constituyen más o menos resúmenes de

las *rationes decidendi* elaboradas por los tribunales de judicatura, durante un largo proceso que se extendió a través de la historia completa del derecho consuetudinario.

Quienes conocen la historia del derecho consuetudinario inglés admitirán esto cuando se les recuerde, por ejemplo, que la *Infant Relief Act*de 1874 no hizo otra cosa sino reforzar la norma del derecho consuetudinario de que los contratos de los niños son anulables cuando el niño lo desee. Para citar otro ejemplo, el decreto de venta de bienes de 1893 transformó en estatutaria la norma del derecho consuetudinario de que, cuando se venden bienes en subasta, si no existe una intención contraria expresa, la puja más alta constituye la oferta y la caída del martillo constituye la aceptación. A su vez, otros decretos, tales como el estatuto de fraudes de 1677, o el decreto ley de la propiedad de 1925, hicieron estatutarias otras normas del derecho consuetudinario (por ejemplo, la regla de que, en ciertos contratos, no se podía exigir su cumplimiento a no ser que esto estuviera establecido por escrito), y la *Companies Act* de 1948, que obliga a los promotores de empresas a exponer ciertas cuestiones específicas en sus folletos de publicidad, constituyó simplemente una aplicación a un caso particular de algunas reglas ya bien asentadas por los tribunales, relacionadas con la errónea interpretación de los contratos. Sería fácil citar muchos otros ejemplos.

Finalmente, como ya señaló Dicey, muchas constituciones y declaraciones de derechos modernas se pueden considerar, a su vez, no como creaciones *de nihilo* de modernos Solones, sino como resúmenes, más o menos esmerados, de una serie de *rationes decidendi* que los tribunales de judicatura ingleses habían ya descubierto y aplicado, paso a paso, en las decisiones relacionadas con los derechos de personas determinadas.

El hecho de que tanto los códigos escritos como las constituciones, aunque se presenten en el siglo XIX como leyes promulgadas, en realidad reflejen en su contenido un proceso legislativo basado esencialmente en la conducta espontánea de individuos privados a través de siglos y generaciones podría y aún puede inducir a los pensadores liberales a considerar la ley escrita (concebida como una serie de normas generales formuladas con precisión) como un medio indispensable para la preservación de la libertad individual en nuestro tiempo.

De hecho, las reglas incorporadas a los códigos escritos y a las constituciones escritas podrían parecer la mejor expresión de los principios liberales, en cuanto reflejan un largo proceso histórico cuyo resultado no fue, esencialmente, una ley hecha por legisladores, sino una ley hecha por jueces y juristas. Esto es lo mismo que describirla como una ley «hecha por todos», del tipo que el viejo Catón el Censor exaltó como la causa fundamental de la grandeza del sistema romano.

El hecho de que las normas promulgadas, aunque estén formuladas de una

manera general, con precisión, sean teóricamente imparciales y, en cierto sentido, también «ciertas», y puedan albergar también un contenido totalmente *incompatible* con la libertad individual, no fue tenido en cuenta por los promotores continentales de los códigos escritos y, especialmente, de las constituciones escritas. Estaban convencidos de que el *Rechtsstaat* o el *état de droit* correspondían perfectamente a la *rule of law* inglesa y que además eran preferibles a ésta por su formulación más clara, más amplia y más cierta. Al corromperse el *Rechtsstaat,* esta convicción pronto se reveló como una ilusión.

En nuestro tiempo, partidos subversivos de todo tipo han encontrado fácil, mientras intentaban cambiar enteramente el contenido de los códigos y de las constituciones, pretender que respetaban aún la idea clasista del *Rechtsstaat*, con su preocupación por la «generalidad», «igualdad» y «certeza» de las normas escritas aprobadas por los diputados «representantes» del «pueblo» según la regla de la mayoría. La idea típica del siglo XIX de que el *Juristenrecht* continental había sido restablecido con éxito, e incluso más claramente formulado por escrito en los códigos (y que, además, los principios que subyacen a la constitución, hecha por los jueces, del pueblo inglés habían sido transferidos con éxito a las constituciones escritas promulgadas por los cuerpos legislativos) preparaba el camino para un nuevo y debilitado concepto del *Rechtsstaat*, un estado legal en el que todas las normas habían de ser promulgadas por la legislatura. El hecho de que, en los códigos y constituciones originales del siglo XIX, el cuerpo legislativo se limitó fundamentalmente a resumir una ley que no había sido promulgada, se fue olvidando o considerando poco importante, comparado con el hecho de que tanto los códigos como las constituciones habían sido estatuidos por cuerpos legislativos cuyos miembros eran «representantes» del pueblo.

A este hecho se añadió otro, también señalado por el profesor Ehrlich. El *Juristenrecht* introducido en los códigos había sido abreviado, pero de una forma que los juristas contemporáneos pudieran comprender fácilmente con referencia a una base judicial que les era ya perfectamente familiar antes de la promulgación de los códigos.[86] Sin embargo, los juristas de la segunda generación ya no podían hacer esto. Se acostumbraron a referir cada vez más y más cosas al código mismo, en vez de a su base histórica. La aridez y la pobreza fueron, según Ehrlich, los caracteres típicos de los comentarios de la segunda y posteriores generaciones de los juristas continentales —evidenciando el hecho de que la actividad de los mismos no puede conservarse a un alto nivel si sólo se basa en un derecho escrito, sin el fundamento de una larga tradición.

La consecuencia más importante de la nueva tendencia fue que la gente del continente, y hasta cierto punto también la de los países de habla inglesa, se acostumbraron más y más a concebir la ley en su conjunto como derecho escrito, esto es, como una serie de promulgaciones de los cuerpos legislativos realizadas de

acuerdo con la regla de la mayoría.

Así, se empezó a pensar en la ley, globalmente, como el resultado de decisiones de grupo, en vez de elecciones individuales, y algunos teóricos —por ejemplo, el profesor Hans Kelsen— llegaron hasta negar que fuera posible hablar de un comportamiento jurídico o político de los individuos sin hacer referencia a un conjunto de normas coercitivas que pudieran dar pie a calificar la conducta de «legal» o no.

Otra consecuencia de este concepto revolucionario de la ley en nuestro tiempo fue que el proceso legislativo ya no se consideró como fundamentalmente conectado con una actividad teórica de expertos, como los jueces o los abogados, sino más bien con la simple voluntad de las mayorías ganadoras en los cuerpos legislativos. El principio de «representación» parecía asegurar, a su vez, una supuesta conexión entre esas mayorías vencedoras y cada uno de los individuos, concebido como miembro del electorado. Así, la participación de los individuos en elproceso legislativo ha dejado de ser efectiva, y se ha convertido más y más en una especie de ceremonia vacía, que tiene lugar periódicamente en la elección general de un país.

El proceso legislativo espontáneo, antes de la promulgación de los códigos y constituciones del siglo XIX, no era en modo alguno único, si se considera en relación con otros procesos espontáneos, tales como el del lenguaje ordinario, o las transacciones económicas habituales, o las variaciones de la moda. Un rasgo característico de todos estos procesos es que se llevan a cabo por la colaboración voluntaria de un enorme número de individuos, cada uno de los cuales participa en el mismo proceso, de acuerdo con su disposición y con su capacidad para mantener, o incluso modificar, las condiciones presentes de los negocios económicos, del lenguaje, de la moda, etc. En este proceso no existen decisiones de grupo que constriñan a nadie a adoptar una nueva palabra en vez de otra, o a vestir un nuevo tipo de traje en lugar de otro ya pasado de moda, o a preferir una película en lugar de una obra de teatro. Es cierto que la era presente nos ofrece el espectáculo de grandes grupos de presión cuya propaganda tiende a inducir a la gente a realizar transacciones económicas de un nuevo tipo, a adoptar modas nuevas, o incluso palabras y lenguajes nuevos, tales como el esperanto o el volapuk. No podemos negar que estos grupos pueden ejercer un papel importante en el cambio de las decisiones de un individuo en particular, pero esto nunca se consigue mediante coacción. Confundir la presión o la propaganda con la coacción sería un error parecido al que observamos al analizar otro tipo de confusiones relacionadas con la acepción de «coacción». Ciertas formas de presión se pueden asociar a la coacción, e incluso identificarse con ella. Pero éstas están siempre relacionadas con la coacción en el sentido propio de la palabra, como ocurre, por ejemplo, cuando a los habitantes de un país se les prohíbe importar periódicos y revistas extranjeros, o

escuchar emisoras de radio de otros países, o simplemente viajar fuera de dicho país. En tales casos, la propaganda y la presión dentro de un país son muy parecidas a una coacción, en el sentido propio de la palabra.

La gente no puede escuchar la propaganda que preferiría oír, no puede seleccionar la información, y a veces no puede evitar escuchar los programas de radio o leer los periódicos editados bajo la dirección de sus gobernantes, dentro del país.

Una situación similar surge en el campo económico cuando se organizan monopolios en un país con la ayuda de una legislación (esto es, de decisiones de grupo y de coacciones), cuyo propósito, por ejemplo, es impedir o limitar la importación de bienes producidos por competidores potenciales en países extranjeros. En este caso, los individuos también se ven coaccionados en cierto sentido, pero la causa de su coacción no se retrotrae a ninguna acción o comportamiento por parte de individuos aislados en el proceso habitual de colaboración espontánea que antes he descrito.

Casos especiales, como los de los artificios de publicidad subliminar o invisible, mediante rayos infrarrojos que actúan sobre nuestros ojos y, por tanto, sobre nuestros cerebros, o la propaganda obsesiva, que resulta imposible no ver o no escuchar, se pueden considerar como contrarios a las reglas comúnmente aceptadas en todo país civilizado para proteger a las personas contra la coacción de los demás. Estos casos se pueden considerar muy bien, por tanto, como ejemplos de coacción que deben evitarse, aplicando normas, que ya existen, en favor de la libertad individual.

Ahora bien, en último término, la legislación resulta ser un artificio mucho menos obvio y mucho menos habitual de lo que parecería ser, si no atendiéramos a lo que está ocurriendo en otros campos importantes de la acción y el comportamiento humanos. Yo llegaría incluso a afirmar que la legislación, especialmente si se aplica a las innumerables elecciones que las personas individuales hacen en su vida diaria, parece ser algo absolutamente excepcional, incluso contrario a todo lo que ocurre en la sociedad humana. El más extraordinario contraste entre la legislación y otros procesos de la actividad humana se hace aparente cada vez que comparamos la primera con los procedimientos de la ciencia. Yo diría, incluso, que ésta es una de las grandes paradojas de la civilización contemporánea: ésta ha desarrollado métodos científicos hasta un grado asombroso, y al mismo tiempo ha ampliado, sumado y favorecido procedimientos antitéticos tales como los grupos de decisión y la regla de la mayoría.

Ningún resultado científico real se ha conseguido nunca mediante decisiones de grupo o la regla de la mayoría. Toda la historia de la ciencia moderna occidental pone en evidencia el hecho de que, ni las mayorías, ni los tiranos, ni la coacción, pueden a largo plazo prevalecer frente al individuo, siempre y cuando éste pueda

probar de una manera definitiva que sus propias teorías científicas funcionan mejor que otras, y que su propio punto de vista sobre las cosas resuelve problemas y dificultades mejor que otros, sea cual sea el número, la autoridad o el poder de estos últimos. De hecho, la historia de la ciencia moderna, considerada desde este punto de vista, constituye la evidencia más convincente del fallo de los grupos de decisión y de las decisiones de grupo basadas en cualquier procedimiento coercitivo y, más generalmente, del fracaso de cualquier coacción ejercida sobre los individuos como un supuesto medio de promover el progreso científico y de llegar a resultados científicos. El proceso de Galileo, al comenzar nuestra era científica, es en este sentido un símbolo de toda su historia, ya que desde entonces han tenido lugar muchos procesos, en países muy diferentes, hasta el mismo día de hoy, en los que se ha intentado constreñir a los científicos para que abandonasen algunas de sus tesis. Pero ninguna tesis científica se ha establecido o se ha refutado nunca en último término como resultado de una coacción ejercida sobre científicos concretos por tiranos fanáticos o por mayorías ignorantes.

Por el contrario, la investigación científica es el ejemplo más evidente de un proceso espontáneo que implica la libre colaboración de innumerables individuos, cada uno de los cuales participa en él de acuerdo con sus deseos y capacidades. El resultado total de esta colaboración nunca ha podido ser anticipado o planeado por los individuos particulares o los grupos. Nadie podría decir nada acerca de cuál será el resultado de esta colaboración, a no ser que pudiera estar al tanto de ella, con todo detalle, año por año, mes por mes, e incluso día a día, durante toda la historia de la ciencia.

¿Qué habría ocurrido en los países occidentales si el progreso científico hubiera estado limitado a decisiones de grupo y a la regla de la mayoría, basándose en principios como el de la «representación» de los científicos, concebidos como miembros de un grupo electoral, por no hablar de una «representación» del pueblo en su conjunto? Platón describió una situación similar en su diálogo *Polítikos*, en el que comparaba la llamada ciencia del gobierno y las ciencias en general con las reglas escritas promulgadas por la mayoría en las antiguas democracias griegas. Uno de los personajes del diálogo propone que las reglas de la medicina, de la navegación, de las matemáticas, de la agricultura, y de todas las ciencias y técnicas conocidas en aquel tiempo se fijen mediante normas escritas (*syngrammata*) promulgadas por cuerpos legisladores. Está claro, como concluyen los demás personajes del diálogo, que en tal caso todas las ciencias y técnicas desaparecerán, sin esperanza de que vuelvan a revivir, barridas por una ley que impediría toda investigación, y la vida, añaden tristemente, que ya hoy es bastante dura, se haría totalmente imposible.

Sin embargo, la conclusión final de este diálogo platónico es bastante distinta. Aunque no podemos aceptar un estado de cosas como éste en el terreno científico,

debemos, decía Platón, aceptarlo en el terreno legal y de nuestras instituciones. Nadie sería tan inteligente y tan honesto como para gobernar a sus conciudadanos sin tener en cuenta leyes fijas, pues con ello provocaría muchos más inconvenientes que los derivados de un sistema de legislación rígida.

Esta inesperada conclusión es bastante similar a la de los autores de los códigos y constituciones escritas en el siglo XIX. Tanto Platón como estos teóricos comparaban las leyes escritas con las acciones arbitrarias de un gobernante, y mantenían que las primeras eran preferibles a éstas, ya que ningún gobernante individual podría comportarse con la suficiente sabiduría como para asegurar el bien común de su país.

No tengo nada que objetar a esta conclusión, *siempre que aceptemos su premisa*, a saber, que las órdenes arbitrarias de un tirano sean la única alternativa de las leyes escritas.

Pero la historia nos provee de abundante evidencia para defender la conclusión de que esta alternativa, no sólo no es la única, sino que ni siquiera es la más importante que se ofrece al pueblo amante de la libertad individual. Estaría mucho más de acuerdo con la evidencia histórica señalar otra alternativa —por ejemplo, entre normas arbitrarias impuestas por individuos particulares o grupos, por un lado, y una participación espontánea en el proceso legislativo por parte de todos y cada uno de los habitantes de un país, por el otro.

Vista así la alternativa, no hay duda alguna de que la elección recaería en favor de la libertad individual, concebida como aquella condición en que cada persona hace su propia elección, sin ser constreñida por nadie a hacer de mala gana lo que se le imponga.

A nadie le gustan las órdenes arbitrarias de los reyes, los funcionarios estatales, los dictadores, etc., pero la legislación no es la alternativa apropiada de la arbitrariedad, ya que la arbitrariedad puede ser, y en realidad es, ejercida en muchos casos con la ayuda de leyes escritas que la gente ha de soportar, ya que nadie participa en el proceso de hacerlas excepto un puñado de legisladores.

El profesor Hayek, que es uno de los defensores más eminentes de las normas escritas, generales y ciertas, en el momento actual, como medio de contrarrestar la arbitrariedad, es perfectamente consciente del hecho de que el gobierno de la ley «no es suficiente para conseguir el objetivo» de salvaguardar la libertad individual, y admite que no es «una condición suficiente para la libertad individual, ya que deja aún abierto un enorme campo para la posible acción del Estado».[87]

Esta es también la razón por la que los mercados libres y el comercio libre, como sistemas independientes en lo posible de la legislación, se deben considerar no sólo como el medio más eficiente de obtener elecciones libres de bienes y servicios por

parte de los individuos afectados, *sino también como un modelo para cualquier otro sistema cuyo propósito sea permitir las elecciones individuales libres, incluso las relacionadas con la ley y con las instituciones legales.*

Por supuesto, los sistemas basados en la participación espontánea de todos y cada uno de los individuos interesados no constituyen una panacea. En el mercado, como en cualquier otro terreno, existen minorías, y su participación en el proceso no es siempre satisfactoria, al menos mientras sus miembros no sean suficientemente numerosos para inducir a los productores a hacer frente a sus demandas. Si quiero comprar un libro raro o un disco gramofónico poco frecuente en una pequeña ciudad, es posible que tenga que desistir después de una serie de intentos, ya que ningún vendedor local de libros o de discos, posiblemente, podrá satisfacer mi petición. Pero esto no es en absoluto un defecto que los sistemas coercitivos pudieran evitar, a menos que tengamos *in mente* esos sistemas, bastante utópicos, ideados por los reformadores socialistas y por los soñadores, según el lema: todo para todos de acuerdo con sus necesidades.

El país de Utopía no ha sido aún descubierto. Por tanto, sería inútil criticar un sistema comparándole con sistemas inexistentes que, quizás, eludirían los defectos del primero.

Resumiendo lo que he dicho en este capítulo: la libertad individual no puede ser compatible con la «voluntad común», cuando esta última es sólo un simulacro que oculta el ejercicio de una coacción por parte de mayorías de la variedad Lawrence Lowell sobre minorías que, a su vez, nunca aceptarían la situación resultante si fueran libres para rechazarla.

Pero la libertad individual es compatible con la voluntad común siempre que su objeto sea también compatible con el principio formulado por la regla: «No hagas a los demás lo que no quieres que los demás te hagan a ti.» En este caso, las decisiones de grupo son compatibles con la libertad individual, en cuanto castigan y ofrecen compensación para ciertos tipos de conducta que todos los miembros del grupo desaprobarían, incluso las personas responsables de esa conducta, si ellas mismas fueran víctimas.

Además, la libertad individual puede ser compatible con los grupos de decisión y las decisiones de grupo, en tanto y en cuanto estas últimas reflejan los resultados de una participación espontánea de todos los miembros del grupo en la formación de una voluntad común, por ejemplo, en un proceso de formación de la ley independiente de la legislación. Pero la compatibilidad entre la libertad individual y la legislación es precaria, por la contradicción potencial entre el ideal de la formación espontánea de una voluntad común y el de una manifestación de esta última obtenida mediante un procedimiento coercitivo, como ocurre habitualmente en la legislación.

Finalmente, la libertad individual es perfectamente compatible con todos aquellos procesos cuyo resultado es la formación de una voluntad común sin recurso a decisiones de grupo o grupos de decisión. El lenguaje ordinario, las transacciones económicas diarias, las costumbres, las modas, los procesos espontáneos de creación de leyes y, sobre todo, la investigación científica son los ejemplos más comunes y más convincentes de esta compatibilidad —de hecho, de esta íntima conexión— entre la libertad individual y la formación espontánea de una voluntad común.

En contraste con este modo espontáneo de determinar la voluntad común, la legislación aparece como un artificio menos eficiente para llegar a esta determinación, como se hace patente cuando se presta atención a todos esos asombrosos terrenos en los que la voluntad común se ha determinado espontáneamente en los países occidentales, en el pasado y en el presente

La historia pone de manifiesto el hecho de que la legislación no constituye una alternativa apropiada a la arbitrariedad, sino que, a menudo, se suma a las filas de los penosos tiranos y de las arrogantes mayorías, contra cualquier clase de proceso espontáneo de formación de una voluntad común en el sentido que antes he descrito.

Desde el punto de vista de los defensores de la libertad individual, no se trata de mostrarse recelosos sólo de los funcionarios y los gobernantes, sino también de los legisladores. En este sentido, no podemos aceptar la famosa definición que Montesquieu dio de la libertad como «el derecho a hacer todo lo que las leyes nos permiten hacer». Como señaló Benjamín Constant: «Indudablemente, no hay libertad si las personas no pueden hacer lo que las leyes les permiten hacer; pero las leyes podrían prohibir tantas cosas que llegaran a abolir totalmente la libertad.»[88]

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo VIII

Análisis de algunas dificultades

Veamos ahora algunas de las objeciones que podrían hacerse a un sistema en el que las decisiones de grupo y los grupos de decisión jugaran un papel mucho menos importante del que hoy se juzga habitualmente necesario en la vida política.

Sin duda, los gobiernos y las legislaturas actuales, y un elevado porcentaje de las personas cultas y del pueblo en general, se han ido acostumbrando, durante los últimos siglos, a considerar la interferencia de las autoridades en las actividades privadas como algo mucho más útil de lo que hubieran creído en la primera mitad del siglo XIX.

Si alguien se atreve hoy a sugerir que los gobiernos gigantes y las legislaturas paternales deberían ceder en favor de la iniciativa privada, las críticas que

normalmente se escuchan son que «no se puede volver atrás en el tiempo», que la época del *laissez faire* terminó para siempre, etc.

Deberíamos distinguir cuidadosamente entre lo que la gente cree que puede hacerse y lo que de verdad se podría hacer para restaurar un área máxima de libertad individual de elección. Por supuesto, en política como en muchos otros campos, si queremos alcanzar nuestros objetivos de acuerdo con nuestros principios liberales, no se puede hacer nada sin el consentimiento de nuestros conciudadanos, y este consentimiento depende, a su vez, de lo que la gente cree. Pero resulta evidentemente importante averiguar, si ello es posible, si las personas tienen razón o están equivocadas cuando defienden una opinión. La opinión pública no es todo, incluso en una sociedad liberal, aunque la opinión sea ciertamente una cosa muy importante, especialmente en una sociedad liberal. Recuerdo lo que uno de mis conciudadanos escribió hace algunos años: «Un loco es un loco, dos locos son dos locos, quinientos locos son quinientos locos, pero cinco mil, por no decir cinco millones de locos, representan una gran fuerza histórica.» No niego la verdad de esta afirmación cínica, pero una fuerza histórica se puede contener o modificar, y esto es tanto más fácil de hacer cuanto más claramente los hechos contradicen lo que la gente cree. Lo que dijo una vez Hipólito Taine, que diez millones de casos de ignorancia no hacen conocimiento, es cierto para toda clase de ignorancia, incluso la de la gente que pertenece a nuestras sociedades políticas contemporáneas, con todos sus apéndices de procedimientos democráticos, reglas de la mayoría, y legislatura y gobiernos omnipotentes.

El hecho de que el pueblo, en general, crea aún que la intervención gubernamental es ventajosa, y aun necesaria, incluso en casos en que muchos economistas la estimarían inútil o peligrosa, no constituye un obstáculo insuperable para los defensores de una nueva sociedad. Y tampoco es nada malo si esa nueva sociedad, al final, se parece a alguna de las antiguas sociedades afortunadas.

Es verdad que las doctrinas socialistas, con su condenación, más o menos visible, por parte de los gobiernos y de los legisladores, de la libertad individual frente a la coacción, continúan agradando más a las masas de hoy que el frío razonamiento de los economistas. En esas condiciones, la libertad parece, en la mayor parte de los países del mundo, un caso perdido.

Sin embargo, es dudoso que las masas sean verdaderamente, hoy en día, las protagonistas del drama contemporáneo de la opinión pública sobre la libertad individual. Si tuviera que escoger entre los defensores del ideal liberal de nuestro tiempo, preferiría unirme al profesor Mises más que a los pesimistas:

El error fundamental del pesimismo, tan extendido, es la creencia de que las ideas y políticas destructivas de nuestra era surgieron de los proletarios y son una ‘rebelión de las masas’. De hecho, las masas, precisamente porque no son creativas

y no desarrollan filosofías propias, siguen a los líderes. Las ideologías que produjeron todos los daños y catástrofes de nuestro siglo no son obra de la plebe. Son obra de pseudoeruditos y pseudointelectuales. Fueron propagadas desde las cátedras de las universidades y desde los púlpitos; fueron diseminadas por la prensa, las novelas, las obras de teatro, las películas y la radio. Los intelectuales son responsables de haber convertido a las masas al socialismo y al intervencionismo. Lo que se necesita para cambiar el curso del torrente es cambiar la mentalidad de los intelectuales. Las masas los seguirán.[89]

No voy a ir tan lejos como para pensar, como parece hacerlo el profesor Mises, que cambiar la mentalidad de los denominados intelectuales sería una tarea fácil. El profesor Mises ha hecho notar, en su libro *La mentalidad anticapitalista*, que lo que hace que muchos de los llamados intelectuales se unan a los enemigos de la libertad individual y de la libre empresa no son única o básicamente argumentos erróneos o una información insuficiente sobre el tema, sino más bien actitudes emocionales, por ejemplo, envidia de los hombres de empresa que han triunfado, o sentimientos de inferioridad hacia ellos. Si esto es así, el frío razonamiento y una mejor información resultarán tan inútiles para convertir a los intelectuales como lo serían para convertir directamente al «pueblo embotado y mentalmente inerte» que forma las masas que se agolpan en el escenario político.

Por fortuna, no todos los hombres no educados son tan «embotados » como para no poder comprender o razonar correctamente por sí mismos, particularmente en cuestiones relacionadas con su experiencia ordinaria de la vida diaria. En muchos casos evidentes, su experiencia no confirma las teorías propuestas por los enemigos de la libertad individual. En otros muchos casos, la interpretación socialista resulta tan poco lógica como otros argumentos sofísticos que, en último término, resultaron convencer más a los llamados intelectuales que a la gente no educada que recurre únicamente al sentido común. La tendencia de la propaganda socialista en el momento actual parece confirmar este hecho. La extraña y complicada teoría de la denominada «plusvalía» ya no la exponen al público los agentes contemporáneos del socialismo marxista, pese al hecho de que Marx había asignado a esta teoría la tarea de apoyar teóricamente todos sus ataques contra la supuesta explotación de los trabajadores por los patronos capitalistas.

Entre tanto, la filosofía marxista se recomienda aún a los intelectuales de hoy como una interpretación puesta al día del mundo. La insistencia parece ahora concentrarse más en el supuesto contenido filosófico que en el político de las obras de representantes del comunismo como V. I. Lenin.

Por otra parte, muchas enseñanzas económicas relacionadas con la ventaja de la libertad individual para toda clase de gentes, incluso para los socialistas, constituyen desarrollos tan sencillos de los supuestos del sentido común en campos específicos, que su exactitud no puede escapar, en último término, al sentido común de las

personas normales, a pesar de las enseñanzas de los demagogos y de la propaganda socialista de todo tipo.

Todos estos hechos hacen revivir la esperanza de que la gente en general pueda ser persuadida, en un momento u otro, a adoptar principios liberales (en el sentido europeo de la palabra) en muchas más cuestiones y de una manera más consistente de lo que lo hacen hoy.

Una cuestión distinta es averiguar si los principios liberales están basados siempre en un razonamiento lógico de los representantes de esa ciencia peculiar denominada economía, por un lado, y de los representantes de esa disciplina, más antigua, llamada ciencia política, por el otro.

Esta es una cuestión importante, de cuya solución puede muy bien depender la posibilidad de hablar de un sistema de libertad individual, en política lo mismo que en economía.

Dejemos a un lado el problema de las relaciones entre la ciencia, por un lado, y los ideales políticos o económicos, por el otro. No hay que confundir ciencia con ideología, aunque esta última puede consistir en una serie de opciones relacionadas con sistemas políticos o económicos posibles, inevitablemente ligadas de muchas maneras con los resultados de la ciencia económica y política, concebidas como actividades «neutrales» o «al margen de todo valor», según la teoría de Weber de las ciencias sociales. Pienso que la distinción de Weber entre «actividades al margen de todo valor» e ideologías como conjuntos de juicios de valor es aún válida, pero no necesitamos discutir esta cuestión en detalle.

Mucho más difícil, me parece, es la cuestión metodológica de la lógica del razonamiento económico y político comparado con otros tipos de razonamiento — por ejemplo, el de la matemática, o el de las ciencias naturales.

Personalmente, estoy convencido de que la principal razón por la que las cuestiones políticas y económicas son con tanta frecuencia causa de desacuerdo y disputas es, precisamente, la falta de esa lógica, en las teorías correspondientes, que el razonamiento y la demostración poseen en otros terrenos científicos. No estoy de acuerdo con Hobbes en que la aritmética sería completamente diferente de lo que es si, por cualquier poder motivacional, resultara importante que dos más dos fueran igual a cinco en vez de a cuatro. Dudo que ningún poder pudiera transformar la aritmética de acuerdo con sus intereses o deseos. Por el contrario, estoy convencido de que es importante para cualquier poder no intentar transformar la aritmética en el curioso tipo de ciencia en que se convertiría bajo el supuesto de Hobbes. Por otra parte, algún poder pudiera realmente encontrar provechoso defender esta o aquella tesis, supuestamente científica, sólo si no existiera aún certeza sobre el resultado final del proceso científico mismo.

A este respecto, sería valioso volver a establecer qué es lo que llamamos demostración científica en nuestro tiempo. Quizá la situación de las ciencias sociales en conjunto mejoraría mucho con un análisis desapasionado y extenso en este campo. Pero entretanto, las cosas son como son. Una serie de limitaciones afectan a las teorías económicas y políticas, incluso cuando las consideramos como inferencias empíricas o apriorísticas.

Los problemas metodológicos son importantes por la conexión que tienen con la posibilidad de que un economista llegue a conclusiones inequívocas y, por tanto, pueda inducir a otras personas a aceptar esas conclusiones como premisas para sus elecciones, no sólo en lo que respecta a su actividad diaria en la vida privada y en los negocios, sino también en relación con los sistemas políticos y económicos que se deberán adoptar por la comunidad.

La economía, como ciencia empírica, no ha alcanzado aún, por desgracia, la capacidad de ofrecer conclusiones indudables, y los intentos, tan frecuentemente realizados en nuestro tiempo por los economistas, de jugar a ser físicos son probablemente mucho más dañosos que útiles para inducir a la gente a realizar sus opciones de acuerdo con los resultados de esa ciencia.[90]

De interés especial es una investigación metodológica sobre la economía presentada por el profesor Milton Friedman en su brillante obra *Essays in Positive Economics*.

Estoy enteramente de acuerdo con el profesor Friedman cuando dice que «el negar a la economía la dramática y directa evidencia del experimento crucial impide un control adecuado de las hipótesis» y que esto representa una considerable «dificultad... para lograr un consenso razonablemente rápido y suficientemente extenso sobre las conclusiones justificadas por la evidencia disponible».

El profesor Friedman señala, al respecto, que esto «hace que la eliminación de las hipótesis desafortunadas sea lenta y difícil», de manera que «sólo raramente se acaba con ellas, y en general surgen de nuevo una y otra vez». Cita, como ejemplo muy convincente, «la evidencia de la inflación, en la hipótesis de que un incremento considerable en la cantidad de dinero en un período relativamente corto se acompaña de un incremento sustancial en los precios». Aquí, como hace notar el profesor Friedman, «la evidencia es dramática, y la cadena de razonamientos requerida para interpretarla es bastante corta. Sin embargo, pese a numerosos ejemplos de considerables aumentos de los precios, su correspondencia esencial unívoca con los incrementos sustanciales en el dinero disponible, y la amplia variación de otras circunstancias que pudieran parecer relacionadas, cada nueva experiencia de inflación provoca vigorosas polémicas, y no sólo por parte del público profano, en el sentido de que el aumento en el dinero disponible es, bien un efecto fortuito de un incremento en los precios producido por otros factores, o bien

un suceso puramente contingente que acompaña al aumento de los precios».[91]

En principio, yo también estoy de acuerdo con lo que el profesor Friedman sostiene en este análisis del papel de la evidencia empírica en la obra teórica de la economía y de las ciencias sociales, así como en el de otras ciencias en general, a saber, que los supuestos empíricos no se deben comprobar basándose en su presunta descripción de la realidad, sino fundamentándose en su éxito o fracaso para hacer posible una predicción suficientemente exacta.

En cambio, no estoy de acuerdo con la asimilación que propone el profesor Friedman entre las hipótesis de la teoría física y las de la economía, despreciando ciertas diferencias pertinentes e importantes entre unas y otras.

Friedman toma como ejemplo del primer tipo la hipótesis de que la aceleración de un cuerpo que cae en el vacío es constante e independiente de la forma del cuerpo, la manera de hacerlo caer, etc. Todo esto queda expresado por la bien conocida fórmula: $S = gt2/2$, donde S es la distancia recorrida por un cuerpo que cae en un tiempo específico, g es la constante de la aceleración y t es el tiempo en segundos. Esta hipótesis funciona bien para predecir el movimiento de un cuerpo que cae en el aire, sin consideración al hecho de que otros factores pertinentes, tales como la densidad del mismo aire, la forma del cuerpo, etc., se descuidan. En este sentido, la hipótesis es útil no porque describa exactamente lo que sucede de verdad cuando un cuerpo cae en el aire, sino porque hace posible realizar predicciones con éxito sobre su movimiento.[92]

Por otro lado, el profesor Friedman (con el profesor Savage) toma un ejemplo paralelo que involucra la acción humana, a saber, el de las tacadas hechas por un jugador de billar experto —tacadas previstas, de una u otra manera, por los espectadores, mediante un cierto tipo de hipótesis.

Según Friedman y Savage,

no parece en modo alguno irracional que la hipótesis de que el jugador de billar hace sus tacadas como si conociera las complicadas fórmulas matemáticas que proporcionarían direcciones óptimas a las bolas, y como si pudiera calcular exactamente a ojo los ángulos, etc., que describen la posición de las bolas, pudiera hacer cálculos rápidos como el rayo a partir de las fórmulas, y pudiera luego hacer que las bolas se movieran en la dirección indicada por dichas fórmulas, produjera *excelentes predicciones* (cursiva añadida).[93]

El profesor Friedman, con toda razón, indica a este respecto que

nuestra confianza en esta hipótesis no se basa en la creencia de que los jugadores de billar, incluso los más expertos, puedan llevar a cabo el proceso descrito; se deriva más bien de la creencia de que, a no ser que, de una u otra manera, fueran capaces de conseguir esencialmente el mismo resultado, de hecho no serían

expertos jugadores de billar.[94]

El único problema de esta comparación, creo, es que en el primer caso nuestra hipótesis podría permitirnos predecir, por ejemplo, la velocidad de un cuerpo al caer, en cualquier instante, con una aproximación razonable, mientras que en el último caso no podemos predecir nada, y mucho menos hacer «excelentes predicciones» sobre las tacadas de un jugador de billar, aparte del hecho de que probablemente serán «buenas».

Realmente, la mera hipótesis de que el jugador de billar se comporte como si conociera todas las leyes físicas en relación con el juego de billar nos dice muy poco sobre esas leyes, y aún menos sobre la posición de las bolas después de cualquier tacada futura que nuestro brillante jugador haga. En otras palabras, no podemos hacer una previsión del tipo que permite la aplicación de la hipótesis relacionada con un cuerpo que cae en el aire.

La manera como está hecha la comparación me parece que implica o sugiere que podríamos calcular todo lo necesario para prever, por ejemplo, la futura posición de las bolas en la mesa de billar después de cualquier tacada de uno de los jugadores. Pero éste no es el caso. Un amigo mío, Eugenio Frola, profesor de matemáticas en la Universidad de Turín, y yo, después de considerar el problema, llegamos a una serie de conclusiones bastante divertidas.

Para empezar, cualquier jugador de billar puede colocar la bola — o encontrarla colocada— en un infinito número de posiciones iniciales, definidas por un sistema de coordenadas cartesianas correspondientes a dos lados del plano de la mesa de billar. Cada una de esas posiciones es una combinación de los infinitos números que esas dos coordenadas pueden asumir, y el total puede por tanto ser simbolizado matemáticamente como oo2. Además, deberíamos tomar en consideración la inclinación y la dirección del taco en el momento en que el jugador golpea la bola. Aquí nos encontramos otra vez con un número infinito de combinaciones de estos factores, que se pueden simbolizar, a su vez, como oo2. Por otra parte, la bola puede recibir el golpe en un infinito número de puntos, cada uno de ellos definido por una latitud y una longitud sobre la superficie de la bola. Una vez más, tendremos otro número infinito de combinaciones, que se pueden simbolizar, como antes, por oo2. Otro factor que ha de tomarse en consideración para poder hacer predicciones sobre la posición final de la bola es la fuerza del impacto en el momento en que el jugador la golpea. Otra vez estamos en presencia de un infinito número de posibilidades en relación con el impulso aplicado, y designadas con el símbolo oo.

Si agrupamos todos los factores que deberíamos tomar en cuenta para predecir lo que ocurrirá a la bola en el momento del impacto, obtenemos un resultado que puede simbolizarse como oo7, lo que quiere decir que los factores posibles que han

de estudiarse son tan numerosos como los puntos de un espacio de siete dimensiones.

Y no acaba aquí todo. Para cada tacada deberíamos determinar también el movimiento, esto es, la manera cómo la bola girará sobre el plano de la mesa de billar, etc., lo que requeriría un sistema de ecuaciones diferenciales no lineales nada fácil de resolver. Además, deberíamos considerar también la manera cómo la bola chocará con los lados de la mesa, qué velocidad perderá a causa de esos choques, cuál será el nuevo giro de la bola a consecuencia de ellos, etc. Por último, habríamos de expresar la solución general, para calcular cuantos casos de éxito debería tomar en consideración un jugador experto cada vez, antes de golpear la bola, en términos de las reglas del juego, la naturaleza física de la mesa y la probable capacidad de los adversarios para aprovechar la situación resultante en su favor.

Todo esto indica lo diferentes que son los ejemplos de hipótesis de trabajo formuladas en ciertas partes de la física (por ejemplo, los relacionados con los cuerpos en caída) y las hipótesis conexas con problemas, aparentemente no muy complicados, como los del juego de billar, cuyas dificultades escapan a la atención de la mayoría de la gente.

Puede decirse con seguridad que nuestra hipótesis de que un buen jugador de billar se comportará como si supiera cómo resolver los problemas científicos implicados en ese juego, lejos de permitir una predicción real de las tacadas futuras de dicho jugador, no es sino una metáfora que expresa nuestra confianza en que en el futuro hará «buenas tacadas», como lo hizo en el pasado. Estamos en la situación de un físico que, en lugar de aplicar sus hipótesis sobre los cuerpos que caen en el aire para predecir, por ejemplo, su velocidad en un momento dado, dijera simplemente que el cuerpo caerá como si conociera las leyes relacionadas con su movimiento y las obedeciera, mientras que el físico mismo sería incapaz de formular estas leyes para hacer sus cálculos.

El profesor Friedman dice que

ay sólo un corto paso de estos ejemplos a la hipótesis económica de que, dentro de un amplio margen de circunstancias, las empresas individuales se comportan como si buscaran racionalmente maximizar su rentabilidad y tuvieran un completo conocimiento de los datos necesarios para tener éxito en este intento; esto es, como si conocieran las necesarias funciones del coste y la demanda, como si calcularan el coste y el beneficio marginal de todas las acciones posibles, y llevaran cada línea de acción al punto en el cual el coste y el beneficio marginal apropiado fueran iguales.[95]

Estoy de acuerdo en que hay sólo un corto paso desde el ejemplo anterior a éste, suponiendo que consideremos uno y otro como simples metáforas que expresan

nuestra confianza general en la capacidad de los buenos hombres de negocios para sobrevivir en el mercado, de la misma manera que podríamos expresar nuestra confianza de que un jugador de billar bueno ganará tantos juegos en el futuro como ganó en el pasado.

Pero el paso ya no sería tan corto desde el ejemplo del jugador de billar al de una empresa en el mercado, si se supone que pudiéramos calcular de alguna manera científica los resultados de la actividad de esa empresa en cualquier momento del futuro.

Las dificultades de este cálculo son mucho más formidables que los problemas relacionados con las soluciones satisfactorias de un juego de billar. La actividad humana en los negocios no se relaciona sólo con la maximización de los beneficios en términos monetarios. Muchos otros factores conexos con la conducta humana deben tomarse en consideración, y no se pueden ignorar en favor de una interpretación numérica problemas inherentes a los casos afortunados de un juego de billar. En otras palabras, mientras que la maximización del éxito en un juego de billar puede ser un problema numérico, la maximización del éxito en la economía no se puede identificar con la de las ganancias monetarias; o sea, no es un problema numérico.

Los problemas de maximización en economía no son matemáticos en absoluto, y el concepto de un máximo en conducta económica no es idéntico al de un máximo tal y como se emplea en matemáticas. Nos enfrentamos aquí con una confusión semántica comparable a la de un hombre que, habiendo oído de la existencia de la chica más guapa de la ciudad, procediera a un cálculo matemático del máximo de belleza posible de todas las chicas para descubrirla.

Si continuamos con nuestra comparación de los problemas de un jugador de billar y los problemas económicos, deberíamos tomar en consideración una situación (comparable a la que prevalece en el dominio económico) en la que la misma mesa de billar se movería, sus lados se dilatarían y se contraerían sin regularidad alguna, las bolas irían y vendrían, a su vez, sin esperar los golpes del jugador y, sobre todo, alguien, más tarde o más temprano, cambiaría las leyes que gobiernan todos estos procesos, tal y como ocurre tan frecuentemente cuando los cuerpos legislativos y los gobiernos intervienen para variar las normas del «juego» económico en un país dado.

La economía, considerada como ciencia apriorística, no estaría menos condenada al fracaso, aunque pudiéramos esperar, a través únicamente de tautologías, encontrar todas las conclusiones precisas para solucionar las cuestiones vitales para la vida de los individuos particulares y para los miembros de una comunidad política y económica. A este respecto, estoy totalmente de acuerdo con el profesor Friedman cuando dice que mientras «los cánones de la lógica formal, por sí solos,

pueden mostrar si un lenguaje particular es completo y coherente..., únicamente la evidencia de los hechos puede mostrar si las categorías de un sistema analítico de archivo disfrutan de una contrapartida empírica, esto es, si son útiles para analizar una clase particular de problemas concretos». Y también estoy de acuerdo cuando cita, como ejemplo, el empleo de las categorías de demanda y oferta, cuya utilidad «depende de las generalizaciones empíricas, en el sentido de que una enumeración de las fuerzas que afectan a la demanda en cualquier problema, y de las fuerzas que afectan a la oferta, arrojará dos listas que contendrán sólo unos pocos datos en común». Pero no bien entramos en el terreno de las suposiciones empíricas, aparecerán todas las limitaciones que hemos visto ya en relación con la aproximación empírica a la economía, y el resultado será que ni el método empírico ni el apriorístico son completamente satisfactorios en economía.

Esto quiere decir, por supuesto, que la elección de un sistema de libertad individual por parte de las personas cultas y por parte de la gente en general no puede realizarse ciertamente basándose en argumentos económicos cuya coherencia fuera comparable a la de los correspondientes argumentos de la matemática o de ciertas partes de la física.

Las mismas consideraciones se aplican a la ciencia política, ya la consideremos o no al mismo nivel que la economía.

Existe aún una amplia zona de puntos problemáticos, una especie de terreno de nadie que los pensadores superficiales y los demagogos de todos los países cultivan cuidadosamente, a su manera, para hacer crecer en él todo tipo de hongos, incluso muchos venenosos, que se presentan luego a sus conciudadanos como si fueran los productos de un trabajo científico.

Debemos admitir francamente que es difícil, no sólo enseñar a la gente a sacar conclusiones científicas, sino también encontrar argumentos apropiados para convencer a los demás de que nuestras enseñanzas son correctas. Algo nos consuela el hecho de que, según los ideales liberales, sólo unas pocas suposiciones generales precisan ser aceptadas para poder elaborar y realizar un sistema liberal, ya que pertenece a la misma naturaleza de este tipo de sistema el permitir que los individuos actúen tal y como lo crean mejor, mientras no interfieran en el trabajo similar de otras personas.

Por otro lado, la colaboración libre por parte de los individuos interesados no implica necesariamente que las opciones de cada individuo sean peores de lo que serían bajo la dirección de economistas o científicos políticos. Una vez me contaron que un famoso economista de nuestro tiempo había casi arruinado a su tía al darle, ante su insistencia, un consejo confidencial sobre el mercado de acciones. Cada cual conoce su situación personal, y está probablemente en una posición mejor que los demás para tomar decisiones sobre muchas cuestiones relacionadas con ella. Todos

probablemente tenemos más que ganar de un sistema en el que nuestras decisiones no resulten interferidas por las de otras personas, aunque tengamos que perder algo por el hecho de que uno no pueda interferir, a su vez, en las decisiones de esas otras personas.

Además, un sistema de libre elección, en el dominio económico o en el político, ofrece a cada individuo la preciosa posibilidad, por una parte, de abstenerse de todos los asuntos que encuentre demasiado complicados o difíciles y además poco importantes, y por otra parte, de pedir la colaboración de otras personas para resolver problemas que resultarían difíciles e importantes para él. No hay por qué pensar que la gente no se comportaría a este respecto como lo hace en circunstancias similares, cuando, por ejemplo, acuden a su abogado, o al médico, o al psiquiatra. Esto no quiere decir, por supuesto, que haya expertos que puedan resolver cualquier tipo de problemas. Es necesario recordar en relación con esto lo que ya hemos dicho acerca del razonamiento económico. Pero siempre que no existe la posibilidad de una solución objetiva de un problema, la conclusión que debe extraerse no es que los individuos deberían actuar bajo la dirección de las autoridades, sino, por el contrario, que las autoridades deberían abstenerse de dar instrucciones que no puedan estar basadas en soluciones objetivas de los problemas implicados.

Pocos defensores de las soluciones socialistas contemporáneas admitirán que sus teorías no están basadas en un razonamiento objetivo. Pero, en casi todos los casos, podría demostrarse que sus objeciones contra la ampliación máxima del campo de elección individual se basan en postulados filosóficos o, más bien, éticos, de dudosa validez, y también en argumentos económicos aún más dudosos.

El eslogan frecuente de que «no se puede volver el tiempo atrás» en economía o en política, aparte de ser una orgullosa fanfarronada para mostrar que las ideas socialistas están muy extendidas, parece implicar también que el reloj particular socialista no sólo da la hora exacta, sino además una hora cuya exactitud no precisa de ninguna demostración. Esta conclusión no nos hace muy felices.

Los adversarios de un sistema económico libre en nuestro tiempo no han añadido ni un solo argumento nuevo y sólido a la agenda de los gobiernos y legislaturas, que ya había sido compilada por los economistas clásicos que recomendaron un sistema liberal.

En lo que concierne a la economía, y la economía es hoy un terreno favorito de todos los defensores de los procedimientos coactivos actuales, la nacionalización de ciertos tipos de industria se estima a menudo necesaria o, al menos, un sustitutivo ventajoso de las empresas privadas reguladas por leyes y órdenes emanadas de las autoridades.

Se han alegado muchas razones en apoyo de esta nacionalización. Algunas son

quizás aceptables, aunque no nuevas, mientras que otras, que son nuevas, no son aceptables en absoluto sobre la base de los argumentos que sus defensores presentan.

De una declaración de la política y principios del llamado socialismo democrático británico, publicada por el Partido Laborista británico en 1950, aprendemos que hay tres principios básicos que apoyan la idea de la nacionalización o propiedad pública de las industrias:

1. Para asegurar que los monopolios —siempre que sean «inevitables »— no «exploten» al público, lo que necesariamente ocurriría, según estos socialistas, si los monopolios fueran privados.

2. Para «controlar» las industrias y servicios básicos, de los que la vida económica y el bienestar de la comunidad depende, ya que su control no se puede abandonar «sin peligro» en las manos de propietarios privados «no responsables» ante la comunidad.

3. Para intervenir en las industrias en que la «ineficacia» persiste y los propietarios privados carecen de la voluntad o de la capacidad necesaria para introducir mejoras.

Ninguno de estos principios es realmente convincente, si se somete a un análisis cuidadoso. Los monopolios, cuando son necesarios, se pueden controlar fácilmente por las autoridades sin necesidad de que éstas sustituyan su iniciativa a la del monopolio que controlan. Por otro lado, no existe ninguna demostración válida de que los monopolios públicos, esto es, los monopolios ejercidos por las autoridades públicas o por otras personas delegadas por ellas, vayan a explotar al público menos que los monopolios privados. De hecho, la historia de muchos países prueba que los monopolios ejercidos por las autoridades públicas pueden explotar al público mucho más a fondo y permanentemente que los privados. El control de las autoridades por otras autoridades o por personas privadas resulta mucho más difícil que el control de los monopolistas privados por las autoridades, o incluso por individuos o grupos privados.

El segundo principio, según el cual el llamado control de las industrias básicas no puede ser abandonado en manos de propietarios privados, implica tanto la idea de que los propietarios privados no pueden responsabilizarse en modo alguno de cara a la comunidad en cuanto a su control de las industrias básicas, como la de que los propietarios públicos sí son responsables ante la comunidad, de una u otra forma. Desgraciadamente para los defensores de la nacionalización que se basan en este principio, ni la primera ni la segunda afirmación pueden demostrarse con argumentos válidos. Los propietarios privados son responsables ante la comunidad, por la simple razón de que dependen de ella tanto para vender sus productos como para comprar materias primas, instalaciones, servicios, capital, equipo, etc., para

producir lo que quieren vender. Si rehúsan adecuarse a las exigencias de la comunidad, pierden sus clientes y no pueden permanecer en el mercado. Entonces deben ceder el paso a otros fiscalizadores, más «responsables », de industrias básicas. De otro lado, las autoridades públicas no dependen en absoluto de la comunidad de la misma manera, ya que pueden imponer, en principio, mediante leyes y órdenes, de una manera coactiva, precios de bienes y servicios para aprovecharse, si es preciso, tanto de otros vendedores como de otros compradores. Además, no están condenados al fracaso, ya que siempre pueden compensar, al menos en principio, las pérdidas que puedan causar a su industria, gravando con impuestos a los ciudadanos, esto es, a la comunidad frente a la que se supone son «responsables». Naturalmente, los defensores de la propiedad pública de las industrias básicas sostendrán que las autoridades deben ser elegidas, y que por tanto «representan» a la comunidad, etc. Pero ya conocemos esa historia y hemos visto lo que significa: una ceremonia un tanto vacía y un control fundamentalmente simbólico de un grupo de gobernantes por parte del electorado.

El tercer principio no es menos dudoso que los precedentes. No hay argumento válido que demuestre que las industrias deban su posible ineficiencia a la propiedad privada, o que la eficiencia se vaya a recobrar por la iniciativa de las autoridades públicas, al dar paso la propiedad privada a la pública.

La suposición que subyace a todos estos principios es que las autoridades públicas son, no sólo más honestas, sino también más sabias, más hábiles y más eficientes que las personas privadas para llevar a cabo las actividades económicas. Esta suposición, obviamente, no ha sido demostrada, y son muchos los hechos históricos que la contradicen.

Otras distinciones, como por ejemplo las que se hacen entre *wants* (deseos), por los que el consumidor individual pagaría, y *needs* (necesidades), por las que el individuo no podría o incluso no querría pagar, que algunos hacen para justificar la nacionalización de industrias con el propósito de satisfacer esas necesidades en vez de los deseos que, según se supone, las industrias privadas satisfarían, se basan en una idea similarmente no demostrada, a saber, que las autoridades están más cualificadas para descubrir, e incluso satisfacer, las «necesidades» individuales que los ciudadanos privados no podrían, o incluso quizá no querrían, satisfacer, si fueran libres de elegir.

Desde luego, alguno de los viejos argumentos en favor de la nacionalización aún siguen siendo válidos. Tal es el caso de las industrias de servicios cuyo coste total no puede ser pagado por los consumidores, debido a las dificultades que implica el reconocerlos individualmente (por ejemplo, en el caso de los faros), o por las complicaciones que resultan de la recaudación de las cargas (como en el caso de carreteras de mucho tráfico, puentes, etc.). En estos casos, quizá la industria privada no encontraría provechoso proporcionar estos bienes o servicios, y debe recurrirse a

algún otro sistema. Pero es interesante hacer notar que en estos casos el principio de libre elección en las actividades económicas no se abandona, ni siquiera se pone en duda. Se admite que las personas que eligen libremente estos servicios estarían dispuestas a pagar por ellos si fuera posible, y que por tanto se les puede imponer un impuesto que hace referencia a su presunto beneficio y al coste del mismo. La tasa no se puede identificar nunca enteramente con el pago de un precio según el sistema de mercado, pero se puede considerar como una buena aproximación al pago de un precio en dicho sistema. No puede decirse lo mismo de otros impuestos que han surgido bajo el supuesto socialista de que las autoridades saben mejor que los individuos lo que estos individuos deben hacer.

Es muy posible que la tecnología moderna y los modernos sistemas de vida hayan aumentado la frecuencia de los casos de servicios que no se pueden pagar fácilmente o en absoluto por parte de los usuarios a través de los sistemas habituales de fijación de precio. Pero también es verdad que, en muchos casos, este sistema resulta aún viable, y que la empresa privada puede continuar siendo eficiente bajo nuevas circunstancias. El enorme incremento del tráfico automovilístico en los países industrializados ha hecho difícil, o incluso imposible, el procedimiento comercial del peaje, pero las actuales carreteras para automóviles proporcionan condiciones para la vuelta a este sistema. Otro ejemplo que debe citarse a este respecto es la televisión y la radiodifusión. Los defensores de la propiedad pública de estas empresas sostienen a menudo, por ejemplo, que la propiedad privada sería desaconsejable dada la imposibilidad de exigir un precio, pero la empresa privada de este sector, en los Estados Unidos, ha resuelto ya el problema vendiendo sus servicios a las firmas que desean hacer publicidad de sus productos al público en general y que están dispuestas a pagar por esto una cantidad de dinero suficiente para cubrir todos los gastos de la radiodifusión. También aquí, algunos hombres de empresa pudieran encontrar un método para hacer pagar por la televisión, si las autoridades lo permitieran.

Por otro lado, las nuevas condiciones tecnológicas pueden limitar la libertad individual —por ejemplo, en relación con el derecho de propiedad de la tierra—, pero el principio general de que la elección debe dejarse al individuo y no a las autoridades se puede conservar bastante satisfactoriamente en las condiciones modernas también a este respecto. Esto se demuestra, por ejemplo, por la eficiencia del sistema americano de explotación de petróleo y minerales, de acuerdo con el principio de que la propiedad privada de la tierra se debe respetar; un principio que se ha pasado por alto decididamente en otros países del mundo, por la supuesta incompatibilidad de la propiedad privada y actividades tales como la minería.

Otras dificultades pueden resultar de un tipo distinto de consideraciones. Hemos intentado definir la coacción como una acción directa por parte de algunas personas con el objeto de impedir a otras alcanzar ciertos fines y, en general, inducirles a

hacer elecciones que, en otras circunstancias, no hubieran hecho.

La acción directa se puede concebir como una acción física, y en todos los casos en que se puede identificar la coacción con la acción física disponemos de un método sencillo para decidir lo que es coacción. Pero en casi todos los casos, la coacción se ejerce mediante una amenaza de algún tipo de acción física que, en último término, no llega a tener lugar. La coacción es más bien un sentimiento de intimidación que un suceso físico, y la identificación de la coacción es más difícil de lo que pudiéramos imaginar a primera vista. Las amenazas, y los sentimientos resultantes de las amenazas, constituyen una cadena cuyos anillos no son fáciles de seguir en todas las circunstancias, ni de definir por otras personas que las afectadas concretamente. En todos estos casos, la suposición de que algún acto o norma de conducta es coactivo, en la actividad o en la conducta de otros, no resulta clara ni suficientemente objetiva para constituir la base de una afirmación empíricamente discernible sobre ello. Esto es un motivo de confusión para todos los defensores de un sistema de libertad individual, ya que la libertad tiene un carácter negativo que no se puede definir con precisión sin hacer referencia a la coacción. Si hemos de decir qué conducta o acción sería «libre» en un caso dado, debemos indicar además qué conducta o acción sería coactiva, esto es, qué acción privaría a las personas de su libertad en ese caso. Cuando no existe certeza sobre la naturaleza de la coacción que ha de evitarse, la averiguación de las circunstancias bajo las cuales podemos asegurar «libertad» de acción, y la definición del contenido de esta última, resultan verdaderamente difíciles.

En tanto la libertad no es algo captable con medios empíricos o apriorísticos, un sistema político y económico basado en la «libertad», entendida como ausencia de «coacción», estará sujeta a críticas similares a las que hemos hecho en conexión con el método empírico de aproximación de la economía.

Esta es la razón por la que un sistema político basado en la libertad incluye, siempre, al menos un mínimo de coacción, no sólo en el sentido de impedir la coacción, sino también en el sentido de determinar —por ejemplo, por una regla de la mayoría— mediante una decisión de grupo, qué es lo que el grupo admitirá como libre y qué es lo que prohibirá como coactivo en todos aquellos casos en los que no se pueda hacer una determinación objetiva.

En otras palabras, un sistema de libertad política o económica se basa, ante todo, en el método empírico de aproximación de la economía y la política, pero no se puede basar enteramente en él. Así, hay siempre alguna víctima de coacción en este sistema «libre». Se puede intentar convencer a la gente para que se comporte de una manera que uno cree «libre» y se la puede contener para que no se comporte de una manera que uno estima «coactiva». Pero no siempre se puede demostrar que lo que uno cree ser libre es verdaderamente libre, o lo que uno estima ser coactivo es realmente coactivo, en un sentido objetivo de la palabra.

La intolerancia religiosa se puede citar como ejemplo de lo que quiero decir. Hay algunas personas que se indignan si usted se comporta de una manera que ellos creen incompatible con sus sentimientos religiosos, aunque ese comportamiento para usted no pueda nunca considerarse como coactivo para ellos. No obstante, se sienten ofendidos por su conducta, ya que, a sus ojos, está usted haciendo algo contra su Dios, o está usted dejando de hacer algo que debería hacer hacia su Dios, y que posiblemente provocará la ira divina sobre todos los afectados. De hecho, su Dios es también el de usted, según su religión, y ellos pensarán muy probablemente que la conducta de usted les resulta ofensiva, de la misma manera que resulta ofensiva para ese Dios que usted tiene en común con ellos.

No quiero decir, por supuesto, que todas las religiones sean intolerantes. El hinduismo, el budismo, las antiguas religiones de Grecia y Roma no eran intolerantes, ya que sus partidarios se inclinaban a admitir que otras personas podrían tener sus dioses lo mismo que ellos tenían los suyos. Pero no ocurre así con todas las religiones. Hubo una ley en Inglaterra, promulgada en los tiempos de la reina Isabel I, que prohibía divertirse los domingos. Los que la quebrantaban podían ser castigados, y las víctimas del «escándalo» podían solicitar una indemnización. Esta ley ya no se observa, pero hace algunos años leí en los periódicos que una muchacha inglesa había presentado un juicio por daños, basándose en esto, contra una empresa cinematográfica inglesa cuyas películas, como era costumbre, se proyectaban también en domingo. Según el periódico, la muchacha era bastante pobre, pero había tenido buen cuidado de elegir, como perpetrador del escándalo, una gran sala cinematográfica del centro de Londres. La reclamación por daños —bastante voluminosa— era perfectamente adecuada a la importancia de la empresa, si bien posiblemente no lo era si se comparaba con los «daños» sufridos por la «víctima». No recuerdo qué es lo que el tribunal decidió en este caso, pero pienso que la ley isabelina en que se basaba se puede citar como un buen ejemplo de lo que pretendo decir cuando hablo de intolerancia religiosa, y de la correspondiente «coacción» que algunas gentes religiosas pueden creer que están sufriendo a consecuencia de una manera de comportarse que ninguna otra persona consideraría coactiva para nadie.

Me acordé de esta ley de los tiempos de Isabel hace algunas semanas, mientras estaba sentado en la terraza, al aire libre, de un café, en una de las calles principales de un pequeño pueblo italiano. Una procesión pasaba en ese momento por la carretera y no presté ninguna atención al hecho de que todo el mundo se levantó al pasar la procesión. Una monja, que formaba parte de ella, me miró y, viendo que yo seguía sentado sin advertir la acción de las demás personas, me lo reprochó, indicándome que hay que levantarse cuando una procesión pasa. Yo no creo que esta pobre monja fuera habitualmente una persona soberbia. Probablemente se trataba de una criatura dulce y caritativa. Pero no podía admitir que nadie se

quedara sentado en la terraza de un café mientras la procesión, su procesión, la procesión de su Dios, pasaba. El quedarme yo sentado en este caso era para ella una forma ofensiva de comportamiento, y yo creo que, en cierto sentido, se sintió coaccionada en sus sentimientos, incluso insultada, de la misma manera que yo podría sentirme injustamente coaccionado si alguien me hablara insolentemente.

Por fortuna, la ley de mi país, de momento, no prohíbe a nadie que permanezca sentado en la calle mientras pasa una procesión, pero estoy seguro de que la monja aprobaría inmediatamente una ley que prohibiera esta conducta; más aún, que la aprobaría de la misma forma que yo lo haría con una ley que prohibiera los insultos o cosas similares.

Creo que en todo esto hay una lección. Pero yo he terminado la mía.

[Ir a tabla de contenidos]

Capítulo IX

Conclusión

Quizá el mejor procedimiento que se puede seguir al escribir esta conclusión es intentar contestar algunas de las preguntas que mis lectores me harían probablemente si pudieran. De hecho, estas preguntas se me hicieron cuando expuse el contenido de este libro en forma de conferencias.

1. ¿Qué quiero decir cuando indico (en el capítulo VIII) que la opinión pública no lo es «todo»?

2. ¿Existe alguna posibilidad de aplicar el «modelo Leoni» a la sociedad actual?

3. Suponiendo que esa posibilidad exista, ¿cómo puede la «regla de oro» a la que nos referimos permitirnos distinguir el área de la legislación de la del derecho consuetudinario? ¿Cuáles son los límites de los dominios que se deben acordar a la legislación y al derecho consuetudinario según ese modelo?

4. ¿Quién deberá nombrar a los jueces y abogados, o a otros «honoratiores » de este tipo?

5. Si admitimos que la tendencia general de la sociedad actual ha sido más contra la libertad individual que en favor de ella, ¿cómo podrán dichos «honoratiores» escapar a esa tendencia?

Por supuesto, podríamos tomar en consideración otras muchas preguntas, pero las que he citado arriba parecen constituir puntos sobresalientes de una posible discusión de toda esta cuestión.

1. En cuanto se refiere a la primera pregunta, mantengo que la opinión pública no sólo puede ser errónea, sino que además se puede corregir mediante una

argumentación racional. Ciertamente, esto puede constituir un proceso muy largo. La gente precisó más de un siglo para conocer las ideas socialistas; desde luego, le llevará un largo tiempo rechazarlas, pero esto no es ningún motivo para no hacer el intento.

Aunque la tendencia contra la libertad individual prevalece aún en los países relativamente subdesarrollados, de acuerdo con los estándares occidentales, resulta ya posible darse cuenta, a partir de una serie de síntomas, de que la gente ha aprendido algunas lecciones en los países occidentales en que la limitación de la libertad individual por la correspondiente expansión de la ley promulgada, predicada más o menos abiertamente por los líderes socialistas como una condición necesaria para el advenimiento de un «mundo mejor», no ha tenido apenas una contrapartida en forma de esas supuestas ventajas de tal legislación. Así, podemos ya observar, por ejemplo, un retroceso del socialismo en Inglaterra, Alemania y, posiblemente, en Francia, en lo que se refiere a la denominada nacionalización de la industria. Es evidente que, como consecuencia de este retroceso, la iniciativa individual en el campo económico va siendo liberada gradualmente de la amenaza de ulteriores interferencias por parte del gobierno. Libros recientes, como el de Mr. R. Kelf-Cohen, un ex laborista inglés, resultan bastante instructivos al respecto.

Lo que es característico de la solución socialista del llamado problema social no es la finalidad de promover el bienestar público y eliminar, en lo posible, la pobreza, la ignorancia, la suciedad, ya que esta finalidad no sólo es perfectamente compatible con la libertad individual, sino que se puede incluso considerar como complementaria de ella. El verdadero núcleo de la solución socialista es la manera peculiar a través de la que sus defensores proponen lograr ese objetivo, a saber, recurriendo a una hueste de funcionarios que actúan en nombre del Estado y limitando consiguientemente, si no suprimiendo del todo, la iniciativa privada en economía y en otros campos inextricablemente conexos con el terreno económico.

Si el socialismo consistiera principalmente, como muchas personas creen aún, en los fines que declara, sería probablemente difícil convencer a la gente de que renunciase a él en el futuro próximo. Por otra parte, es perfectamente posible convencer a la gente de que lo malo del socialismo no son los fines que profesa, sino los medios supuestamente necesarios para conseguirlos. La ingenuidad del punto de vista socialista en lo que se refiere a los medios es verdaderamente sorprendente.

Como el autor antes citado señala,

había algo mágico en las palabras ‘consejo público’ o ‘corporación pública’. Sus componentes serían hombres desinteresados de sobresaliente habilidad, dedicados al interés nacional. Presumíamos que este tipo de personas se podría encontrar en gran número; naturalmente, era imposible que llegaran a un primer plano en la era

capitalista degenerada en que estaban viviendo. Suponíamos también que los trabajadores de las industrias, transformados por el decreto de nacionalización, se consagrarían al interés nacional. Así, la combinación de una dirección desinteresada y de unos trabajadores desinteresados edificaría ese gran nuevo mundo del socialismo, tan completamente diferente del capitalismo.[96]

Una ingenuidad parecida, también increíble, ha sido típica de líderes del movimiento laborista de Gran Bretaña tan famosos como Sidney y Beatrice Webb, que pusieron, como dice Kelf-Cohen, gran confianza en los «expertos independientes y desinteresados» del nuevo Estado socialista. Tenían, como dice el mismo autor,

una gran fe en la capacidad de raciocinio del ser humano, la cual puede ponerse en movimiento siempre que se cuente con datos debidamente recopilados y publicados... Creían, por supuesto, que una vez que el elemento personal representado por los capitalistas hubiera desaparecido, el carácter de todas las personas relacionadas con esas industrias cambiaría profundamente, que las industrias, de hecho, representarían un nuevo modo de vida... Como los Webb no comprendían muy bien la función de dirección y la responsabilidad de la toma de decisiones, que es una parte vital de esa función, no pudieron entender que una aglomeración de comités y de expertos desinteresados continuaría requiriendo una dirección responsable para llevar a cabo esta tarea. Tendieron también a identificar, en el fondo de su mente, la responsabilidad de la dirección con la avidez del capitalismo.[97]

Finalmente, Kelf-Cohen prueba concluyentemente que esa misma ingenuidad la evidenciaron los miembros del gobierno laborista en el período 1945-1950. De hecho, los laboristas británicos no están solos en esa actitud, que es común a todos los defensores de las empresas de propiedad pública administradas sobre una base comercial. A largo plazo, esta actitud no se puede mantener. Los innumerables fracasos de las empresas de propiedad pública los va comprendiendo, lenta pero seguramente, la gran masa del pueblo. La opinión pública se verá obligada a cambiar de acuerdo con ello.

2. Lo que he dicho antes me da la oportunidad de contestar a la segunda pregunta, relacionada con la posibilidad de aplicar en la sociedad actual lo que algunos de mis estimados amigos y oyentes en Claremont llamaban humorísticamente el «modelo Leoni». El desplazamiento del centro de gravedad de los sistemas legales desde la legislación a otros tipos de procesos legislativos no se puede conseguir en un corto plazo. Sí puede, en cambio, ser el resultado de un cambio de la opinión pública sobre la finalidad y el significado de la legislación en relación con la libertad individual. La historia nos muestra otros ejemplos de un proceso similar. La ley de la Grecia clásica, basada en la legislación, dio paso al derecho romano, basado principalmente en la autoridad de los jurisconsultos, la

costumbre y la ley judicial. Cuando un emperador romano de descendencia griega, Justiniano, intentó más tarde revivir la idea griega de un derecho legislativo poniendo en vigor, como si fuera un estatuto, una enorme colección de opiniones de los jurisconsultos clásicos romanos, su intento, en último término, sufrió el mismo destino, al convertirse en la base de una ley de juristas que se mantuvo durante siglos hasta los tiempos modernos.

Es verdad que la historia nunca se repite de la misma manera, pero esto no significa que no se repita de manera distinta. Hay países actualmente en los que la función judicial llevada a cabo por jueces oficialmente nombrados por el gobierno, y basada en la ley promulgada, es tan lenta y engorrosa, por no decir tan cara, que la gente prefiere recurrir a árbitros privados para dirimir sus querellas. Además, siempre que la ley promulgada parece demasiado complicada, a menudo el arbitrio tiende a abandonar el fundamento de la ley promulgada para recurrir a otros estándares de juicio. Por otra parte, los hombres de negocios prefieren recurrir, siempre que sea posible, a los pactos, antes que a los juicios oficiales basados en la ley promulgada. Aunque nos faltan datos estadísticos sobre la mayoría de los países, parece razonable pensar que esta tendencia va en aumento, y podría estimarse como un síntoma de un nuevo desarrollo.

Otra indicación de una tendencia en la misma dirección se puede apreciar en la conducta de las personas que, en algunos países, al menos hasta cierto punto, renuncian voluntariamente a su derecho de aprovecharse de ciertos estatutos discriminatorios, tales como los decretos de propietarios y arrendatarios, que permiten a una de las partes violar acuerdos previos, por ejemplo, sobre renovación o no renovación de contratos de alquiler, la capacidad del propietario de aumentar la renta, etc. En estos casos, el intento deliberado hecho por los legisladores de romper, mediante una ley promulgada, convenios previos estipulados y mantenidos libremente, ha resultado un fracaso, pese al evidente interés que una de las partes podría tener en invocar la ley.

Un caso característico de algunas medidas legislativas a este respecto, al menos en ciertos países, es el hecho de que las prácticas discriminatorias introducidas por la ley promulgada eran y/o son obligatorias, esto es, tenían o tienen que hacerse aunque existieran o existan convenios previos entre las partes interesadas, mientras que en otros casos, acuerdos realizados más tarde, a contrapelo de la ley promulgada, se podían violar refiriéndose a dicha ley por una de las partes, quedando la otra parte indefensa. En tales casos, los legisladores estaban evidentemente preocupados por la (para ellos) indeseada posibilidad de que la parte privilegiada pudiera renunciar a sus ventajas estipulando y manteniendo otros convenios, no sólo por unas posibles ideas de honestidad a la hora de hacer o mantener dichos convenios, sino también porque la valoración de sus propios intereses podía diferir de la de los legisladores. En esos casos observamos ejemplos

aparentemente paradójicos de una ley no legislada que prevalece sobre la ley promulgada, a la manera de un «derecho consuetudinario» no reconocido, pero aún efectivo.

Un fenómeno más general que se debe tomar en consideración a este respecto es la inobservancia de la ley promulgada en todos los casos en que los sujetos afectados sienten que han sido tratados injustamente por mayorías contingentes de las asambleas legislativas. Tal es lo que ocurre concretamente con la imposición progresiva. Es verdad que hay que distinguir en este aspecto entre diferentes países, pero existen muchas razones para pensar que el fenómeno de la evasión de los impuestos progresivos es mucho más general y extenso en los países occidentales de lo que se admite o reconoce oficialmente.

A este respecto, se podría uno referir a la práctica, cada vez mayor en los Estados Unidos, de crear fundaciones y otras organizaciones exentas de impuestos, cuyo propósito, entre otros, es la transferencia de «capital y de ingresos anuales fuera de una compañía».[98]

No menos interesante a este respecto es la actitud real de la gente frente a la ley que prohíbe hábitos y formas de conducta que se consideran comúnmente, por otro lado, incluidos dentro del campo de la moralidad, y se dejan al juicio de cada uno.

Como signos de una posible remisión de la legislación en estos terrenos se podían citar, por ejemplo, las censuras de algunos sociólogos americanos contemporáneos contra los intentos de poner en vigor normas morales mediante la ley (como ocurre aún en algunos Estados en que, por ejemplo, la gente «vota la ley seca y bebe»), o las recomendaciones de un informe británico muy reciente, en el que se afirma:

No creemos que la función de la ley consista en intervenir en la vida privada de los ciudadanos o en tratar de reforzar cualquier tipo particular de conducta más de lo necesario para llevar a cabo los objetivos que hemos delineado... preservar el orden público y la disciplina, proteger al ciudadano de todo aquello que le ofenda o le dañe, proporcionar suficientes salvaguardas contra la explotación y la corrupción de los demás...[99]

Finalmente, hay que tener en cuenta, para formarse una idea adecuada de los límites de una legislación, oficialmente «vigente» pero en muchos casos no efectiva, la ignorancia de lo que muchas normas verdaderamente exigen, e incluso de su misma existencia, y la correspondiente negligencia del hombre de la calle para mantenerse en el terreno de la ley promulgada (pese a la regla clásica de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento).

Cuanto más consciente sea la gente de estos límites de la legislación, tanto más se acostumbrará a la idea de que la legislación actual, con su pretensión de abarcar

todos los modelos de conducta humana, en realidad es mucho menos capaz de organizar la vida social de lo que sus defensores parecen creer.

3. A la tercera pregunta responderé que la «regla de oro» mencionada en las páginas precedentes no se podría cambiar por una norma aproximada que bastase por sí misma para capacitarnos para decir cuándo hay que recurrir a la legislación en lugar de al derecho consuetudinario. Evidentemente, se precisan otros requisitos para decidir si la legislación es necesaria o no en una situación particular. La «regla de oro» posee sólo una acepción negativa, ya que su función no es organizar la sociedad, sino evitar, en lo posible, la supresión de la libertad individual en las sociedades organizadas. Sin embargo, nos permite esbozar algunos límites a este respecto, a los que me referí en la Introducción al resumir por anticipado algunos de los puntos tratados en este libro, cuando dije que deberíamos rechazar la legislación siempre que: a) se utilice meramente como un medio de someter minorías, tratándolas como perdedores, y b) sea posible que los individuos alcancen sus propios objetivos sin depender de la decisión de un grupo y sin coartar realmente a ninguna otra persona para que haga lo que nunca haría sin esa coacción.

Otro criterio, ya anticipado en la Introducción, y que resulta de la «regla de oro», es que los supuestos beneficios del proceso legislativo, comparados con otros procesos de formación de leyes, deberían ponerse en evidencia con todo cuidado en todos aquellos casos en que el proceso legislativo no se rechace debido a las razones antes citadas. Todo aquello para lo que no se pueda probar positivamente que la legislación vaya a ser útil debería ser abandonado al área del derecho consuetudinario.[100]

Estoy de acuerdo en que el intento de definir, sobre estos fundamentos, los límites entre las áreas que se adjudicarán a la legislación y al derecho consuetudinario resultará probablemente muy difícil en muchos casos, pero las dificultades no constituyen ninguna buena razón para renunciar al intento.

Por otra parte, si fuera posible delinear por anticipado todas las aplicaciones de la «regla de oro» a la definición de los límites entre el área del derecho consuetudinario y la de la legislación y si, además, estas aplicaciones se incluyeran en el presente libro, el propósito entero de mi tesis quedaría minado por su base, ya que las propias aplicaciones se podrían considerar como si constituyeran las cláusulas de un código. Sería totalmente ridículo atacar la legislación y, al mismo tiempo, presentar el borrador de un código propio. Lo que cada uno debe conservar siempre en su mente es que, de acuerdo con el derecho consuetudinario o con el punto de vista de la ley de los juristas, la aplicación de normas es un proceso continuado. Nadie puede culminar este proceso por sí mismo y dentro de su propio tiempo de vida. Debo añadir que, según yo creo, todos deberían tratar de impedir que cualquier persona intente hacer eso.

4. La cuarta pregunta —«¿quién nombrará los jueces, o los magistrados, u otros honoratiores, para que lleven a cabo la tarea de definir la ley?»—, como la anterior, puede originar confusión. Una vez más, parece darse a entender que el proceso de nombrar jueces, o similares, así como el de definir los límites entre las respectivas áreas de la legislación y del derecho consuetudinario, debe llevarse a cabo por ciertas personas definidas en un momento dado. Carece de importancia establecer por anticipado quién nombrará a los jueces, ya que, en un sentido, todo el mundo podría hacerlo, como ocurre en cierta medida cuando las personas recurren a árbitros privados para dirimir sus propias disputas. El nombramiento de jueces por parte de las autoridades se lleva a cabo, en general, según los mismos criterios que utilizaría el hombre de la calle. En efecto, el nombramiento de jueces no es un problema tan especial como lo sería, por ejemplo, el de «nombrar» médicos o doctores, u otros tipos de personas doctas y expertas. La aparición de personas profesionales de calidad en cualquier sociedad sólo aparentemente se debe a nombramientos oficiales. De hecho, se basa en un amplio consenso de los clientes, colegas y público en general, consenso sin el que ningún nombramiento resulta de verdad efectivo. Por supuesto, la gente se puede equivocar sobre el verdadero valor elegido, pero estas dificultades de elección son inevitables siempre. Después de todo, lo que importa no es quién nombrará a los jueces, sino cómo trabajarán los jueces.

Ya hice notar en la introducción la posibilidad de que la ley judicial pueda sufrir ciertas desviaciones cuyo efecto sea la reintroducción del proceso legislativo bajo un disfraz judicial. Esto tiende a ocurrir, en primer lugar, cuando los tribunales supremos están autorizados para decir la última palabra en la resolución de los casos que ya han sido examinados por tribunales inferiores y cuando, además, las decisiones de los tribunales supremos sientan precedentes de cara a decisiones similares por parte de todos los jueces en el futuro. Siempre que esto ocurre, la posición de los miembros de los tribunales supremos es bastante similar a la de los legisladores, aunque en modo alguno idéntica.

De hecho, el poder de los tribunales supremos resulta habitualmente más importante bajo un sistema de derecho consuetudinario que bajo cualquier otro sistema legal centrado en la legislación. Estos últimos intentan conseguir la «consistencia de la decisión judicial» mediante la fuerza obligatoria de reglas formuladas con precisión. El primero, por lo general, realiza la tarea de introducir y mantener esa consistencia mediante el principio del precedente, siempre que una opinión común de los jueces o abogados fuera problemática. De hecho, todos los sistemas de derecho consuetudinario estuvieron y están probablemente basados, de una u otra manera, en el principio del precedente (o del «presidente», como los juristas ingleses de la Edad Media acostumbraban a decir), aunque este principio no debe confundirse por las buenas con el del precedente de fuerza obligatoria de los sistemas de derecho consuetudinario de los países anglosajones en el momento

presente.

Hoy, tanto los legisladores como los jueces de los tribunales supremos realizan la tarea de encarrilar el sistema legal y, precisamente por ello, tanto los legisladores como los jueces de los tribunales supremos pueden estar en la situación de imponer su voluntad personal a un gran número de disconformes. Ahora bien, si admitimos que tenemos que reducir los poderes de los legisladores para restaurar en lo posible la libertad individual, entendida como ausencia de coacción, y si estamos de acuerdo también en que la «consistencia de la decisión judicial» debe quedar reservada al único propósito de permitir a los individuos que hagan sus propios planes futuros, no podemos menos de sospechar que el establecimiento de un sistema legal que pudiera resultar en una intensificación de los poderes de individuos particulares, tales como los jueces de los tribunales supremos, constituiría una alternativa engañosa.

Afortunadamente, incluso los tribunales supremos no están en absoluto en la misma posición práctica que los legisladores. Después de todo, no sólo los tribunales inferiores, sino también los tribunales supremos, están capacitados para decidir sólo si las partes interesadas lo piden; y aunque los tribunales supremos, a este respecto, están en una situación distinta de la de los tribunales inferiores, no dejan de estar sujetos a «interpretar» la ley en vez de promulgarla. Es verdad que la interpretación puede dar como resultado una legislación o, para decirlo mejor, una legislación subrepticia, siempre que los jueces saquen punta al significado de reglas escritas existentes con el propósito de llegar a una acepción completamente nueva, o cuando dan la vuelta a sus propios precedentes de una manera abrupta. Pero esto no da pie a la conclusión de que los tribunales supremos estén en la misma posición que los legisladores, los cuales pueden, como diría sir Carleton Kemp Allen, «hacer nueva ley en un sentido totalmente excluido a los jueces».[101]

Por otro lado, con el sistema del precedente «obligatorio», los tribunales supremos pueden estar también sujetos, lo mismo que la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, por sus propios precedentes, y mientras que los tribunales inferiores están oficialmente sometidos a las decisiones de los tribunales más altos, «el funcionario judicial más humilde [tal y como dice el autor antes mencionado, con toda razón] deberá decidir por sí mismo si está o no, en circunstancias dadas, obligado por una decisión previa» de los tribunales superiores o incluso de los supremos.[102] Evidentemente, esto constituye una considerable diferencia entre los jueces de los tribunales supremos y los legisladores, en lo que concierne a la indeseable imposición de sus respectivas voluntades sobre un número posiblemente grande de otras personas que disienten. Por supuesto, puede existir una gran diferencia entre un tribunal supremo y otro, a este respecto. Todo el mundo sabe, por ejemplo, que el poder del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es mucho más amplio que el del correspondiente tribunal supremo de Gran Bretaña, esto es, la

Cámara de los Lores. La diferencia más clara entre ambos sistemas anglosajones es la existencia de una constitución escrita en el americano, cuyo equivalente no existe en el sistema británico. Algunos teóricos americanos han señalado ya en los últimos tiempos[103] que el problema del precedente, cuando existe una constitución escrita, es enteramente distinto del que se crea en la simple jurisprudencia.

Además del problema de la ambigüedad [esto es, en los términos de la Constitución] y del hecho de que los creadores [de ella] pueden haber tenido in mente un instrumento de fuerza creciente, existe la influencia de la deificación de la Constitución. Esta influencia proporciona una gran libertad al tribunal. Siempre se puede dejar a un lado lo que se ha dicho para volver al documento escrito mismo. Esto proporciona libertad mayor de la que habría si no existiera ese documento... En realidad, al admitir la apelación a la Constitución, aumenta el libre arbitrio del tribunal... El posible resultado de esto en algunos terrenos puede parecer alarmante.[104]

En tales casos, como añade sabiamente el autor (citando al juez Frankfurter del Tribunal Supremo de los Estados Unidos), «la protección hay que encontrarla, en último término, en el mismo pueblo».

De hecho, se podría desarrollar fácilmente un sistema de controles y equilibrios dentro del poder judicial, a este respecto, tal y como se ha desarrollado un sistema correspondiente, especialmente en los Estados Unidos, entre las diferentes funciones o «poderes» de la organización política. Si la situación de un tribunal supremo como el de Gran Bretaña, que está atado por sus precedentes, parece inadecuada para hacer frente a los cambios y a las nuevas exigencias, y se parte de la base, por el contrario, de que un tribunal supremo debe poder volver sobre sus precedentes o cambiar sus interpretaciones previas de la ley escrita, esto es, de la constitución escrita, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, se podrían aún introducir artificios especiales para limitar el poder de los tribunales supremos en lo que concierne al carácter obligatorio de sus decisiones. Por ejemplo, se podría exigir unanimidad para decisiones que revocan precedentes hace largo tiempo establecidos o que cambian sustancialmente interpretaciones previas de la constitución. Aún se podrían inventar otros controles; no es mi tarea sugerirlos aquí.

Lo que se ha señalado en cuanto a la posición de los tribunales supremos en comparación con la de los legisladores es aún más evidentemente cierto en lo que se refiere a los tribunales inferiores y a los jueces ordinarios en general. Éstos no se pueden considerar como legisladores, no sólo por su actitud psicológica hacia la ley, que más bien pretenden «descubrir» que «crear»,[105] sino también, y sobre todo, por su dependencia fundamental de las partes interesadas en el proceso de «hacer» la ley. La insistencia sobre el papel de la interferencia de los factores personales en este proceso de hacer la ley no nos puede hacer olvidar este hecho básico. Algunas personas se han inquietado mucho por el hecho de que los sentimientos privados y

las situaciones personales de los jueces puedan posiblemente interferir en su función judicial. Uno se asombra de que estas personas, al parecer, no hayan prestado atención al hecho correspondiente, y mucho más importante, de que los sentimientos privados y las situaciones personales puedan interferir también en la actividad de los legisladores y, a través de ella, mucho más profundamente, en la actividad de todos los miembros de la sociedad afectada. Si no se pueden evitar esas interferencias, y si estamos en posición de elegir, parece mucho más razonable preferir aquellas cuyas consecuencias sean mucho menos profundas y decisivas.

5. La quinta pregunta es: ¿cómo podrían los jueces, mejor que los legisladores, escapar a la tendencia contemporánea contra la libertad individual?

Para dar una respuesta razonable a esta pregunta deberíamos distinguir primero entre los jueces de los tribunales inferiores y los de un tribunal supremo. Además, deberíamos distinguir entre los jueces del tribunal supremo que están en situación de cambiar la ley evocando sus precedentes y aquellos que no pueden hacerlo. Es evidente que, sea cual fuere la actitud personal de un juez hacia la tendencia antes mencionada, los jueces de los tribunales inferiores están limitados en su capacidad de seguir la tendencia, siempre que entre en contradicción con la opinión de los tribunales superiores. Los jueces que pertenecen a los tribunales superiores están limitados, a su vez, si no pueden revocar a voluntad sus precedentes, o si existe algún artificio, como la exigencia de unanimidad, para limitar los efectos de sus decisiones sobre el sistema legal global.

Además, aunque concedamos que los jueces no pueden escapar a esa tendencia contemporánea contra la libertad individual, debemos admitir que la función de la naturaleza de su posición frente a las partes interesadas exige sopesar sus argumentos. Una negativa a priori, para admitir y pesar argumentos, evidencias, etc., sería inconcebible de acuerdo con los procedimientos habituales de todos los tribunales, al menos en el mundo occidental. Las partes son iguales frente al juez, en el sentido de que disponen de plena libertad para presentar pruebas y argumentos. No constituyen un grupo en el que las minorías en desacuerdo se pliegan ante las mayorías triunfantes; y tampoco se puede decir que todas las partes interesadas en casos más o menos similares, decididos en momentos diferentes por jueces distintos, constituyen un grupo en el que las mayorías prevalecen y las minorías han de ceder. Por supuesto, los argumentos pueden ser más o menos fuertes, de la misma manera que pueden serlo los compradores y vendedores del mercado, pero el hecho de que cada una de las partes pueda presentarlos es comparable al hecho de que una persona puede competir individualmente con todos los demás en el mercado para comprar o vender. El proceso entero implica la posibilidad básica de un equilibrio, en un sentido muy similar al del mercado, y especialmente al de un mercado en el que los precios pueden ser fijados por árbitros que están autorizados a hacerlo por las partes interesadas. Desde luego, hay

diferencias entre este último tipo de mercado y el usual. Dado que las partes han autorizado al árbitro a ultimar la negociación fijando los precios, se han comprometido por anticipado a comprar o vender a esos precios, mientras que en el mercado usual no existe ese compromiso hasta que las partes interesadas se hayan puesto de acuerdo sobre el precio.

A este respecto, la posición de las partes ante un juez es similar, hasta cierto punto, a la de los individuos que pertenecen a un grupo. Ni la parte perdedora en un juicio ni la minoría disidente en un grupo están en situación de rehusar o negarse a aceptar la decisión final. Por otra parte, sin embargo, el compromiso de las partes ante el juez tiene límites muy definidos, no sólo en lo que concierne a la decisión final, sino también en relación al proceso por el que dicha decisión se hizo. Pese a todas las formalidades y reglas artificiales del procedimiento, el principio subyacente de un juicio es determinar cuál de las partes tiene razón y cuál está equivocada, sin que exista ninguna discriminación automática del tipo habitual en las decisiones de grupo, por ejemplo, la regla de la mayoría.

Otra vez tiene la historia algo que enseñarnos sobre esto. La imposición por la fuerza de las decisiones judiciales es un desarrollo comparativamente tardío del proceso legislativo mediante jueces, abogados y personas de este tipo.

En realidad, la puesta en vigor de una decisión realizada sobre una base fundamentalmente teórica (esto es, averiguando cuál de las partes tiene razón según ciertos estándares reconocibles) se estimó durante mucho tiempo como algo incompatible con cualquier puesta en vigor de dicha decisión por medio de cualquier tipo de intervención coactiva contra la parte perdedora. Esto explica por qué, por ejemplo, en el antiguo procedimiento judicial griego, el cumplimiento de las decisiones judiciales quedaba a cargo de las partes, que habían jurado respetar la decisión del juez; y por qué en todo el mundo clásico los reyes y otros jefes militares acostumbraban a despojarse de los emblemas de su poder cuando algunas partes les pedían que decidieran un caso.

La misma idea de una diferencia entre el tipo de las decisiones judiciales y otras decisiones relacionadas con cuestiones militares o políticas subyace a la distinción fundamental entre el poder gubernativo (gubernaculum) y la función judicial (jurisdictio), que el famoso abogado inglés de la Edad Media Bracton solía resaltar tanto. Aunque esta distinción estuvo, y vuelve a estar ahora, en peligro de perderse debido a los ulteriores desarrollos de la historia constitucional inglesa, su importancia para la conservación de la libertad individual contra el poder del gobierno en este país y, hasta cierto punto, en otros que han imitado a Inglaterra en los tiempos modernos, es difícil de exagerar para todos aquellos que conocen esa historia.[106] Por desgracia, el abrumador poder de los parlamentos y de los gobiernos tiende hoy a oscurecer la distinción entre el poder legislativo o el ejecutivo, por un lado, y el poder judicial, por el otro, distinción que se ha

considerado como una de las glorias de la constitución inglesa desde los tiempos de Montesquieu. Esta distinción, sin embargo, se basa en una idea que la gente, hoy en día, parece incapacitada de comprender: la formación de la ley es mucho más un proceso teórico que un acto de voluntad, y como tal proceso teórico no puede ser el resultado de decisiones emanadas de grupos de poder a expensas de las minorías en desacuerdo.

Si hoy se vuelve a comprender la importancia básica de esta idea, la función judicial recobrará su verdadero significado y las asambleas legislativas o los comités cuasilegislativos perderán su importancia ante el hombre de la calle. Por otro lado, ningún juez podría ser tan poderoso como para distorsionar, por su actitud personal, el proceso a través del cual los argumentos de las partes compiten unos con otros, y dominar a su voluntad una situación similar a la que Tennyson describió como sigue:

donde la libertad se va ensanchando de precedente en precedente

[Ir a tabla de contenidos]

Derecho y política

Esta serie de conferencias, bajo el epígrafe general de «El derecho como reclamación individual», la impartió el Autor en la Freedom School de Colorado Springs, Colorado, en los días 2 a 6 de diciembre de 1963.

Una versión del primer capítulo apareció, en 1964, con ciertas modificaciones, en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Hermann Luchterhand Verlag, Berlín.

El capítulo tercero se basa, en su mayor parte, en dos artículos anteriores del Autor: «The Economic Approach to Politics», Il Politico, 26/3, 196l, pp. 491-502, y «The Meaning of 'Political' in Political Decisions», *Political Studies*, 5/3, octubre 1957, pp.225-239.

El capítulo cuarto se basa en «Political Decisions and Majority Rule», *Il Politico*, 25/4, 1960, pp. 724-733.

Las cuatro conferencias aparecen en la reciente edición de *The Freedom and the Law* de Liberty Fund (Indianápolis 1994). La traducción de las mismas para la presente edición ha sido realizada por Alberto Caballero. [N. del E.]

[Ir a tabla de contenidos]

1 El derecho como reclamación individual

Es probable que las escuelas filosóficas contemporáneas que se centran en el análisis del lenguaje nos hayan enseñado menos de lo que pretenden. Aun así, nos han recordado algo que sabemos de sobra pero olvidamos con facilidad: las

palabras son «palabras» y no es posible ocuparse de ellas como si fueran «cosas» o, por decirlo de otro modo, como si fuesen *objetos de experiencia sensorial* cuyas definiciones tienen sentido en tanto se refieran, más o menos directamente, a dicha experiencia. En concreto, las palabras «ley» o «derecho» no pueden, más que otras, ser tratadas como una «cosa»; muy al contrario, ya que carecen de un significado directa o especialmente atribuible a semejante experiencia sensorial.

Cualquier análisis del «derecho» aparece, ante todo, como análisis lingüístico, es decir, como un intento de superar la dificultad ya mencionada de descubrir el significado real de esa palabra en el lenguaje. Lo cual no resulta fácil, ya que podemos utilizar el término *derecho* desde diferentes puntos de vista y con significados que no sólo varían conforme a las diversas clases de personas que lo emplean, sino que también puede diferir dentro del lenguaje utilizado por una misma clase de personas. Incluso entre los profesores de derecho puede percibirse que el sentido del término no es siempre el mismo; cabe mencionar, a este respecto, las permanentes controversias entre expertos en derecho internacional o constitucional por un lado y expertos en derecho civil por otro.

Como esta dificultad tiende a resultar fatigosa y desalentadora, quienes inician un análisis lingüístico sobre el derecho o la «ley» pueden verse tentados, antes o después, a suspenderlo para adherirse a una de las siguientes afirmaciones: a) la ley es aquello que mis colegas X, Y y Z, y yo mismo sabemos que es la «ley», y no nos preocupan otras opiniones; b) la ley es lo que yo propongo o «estipulo» denominar así, sin que otras «estipulaciones » relativas al mismo término me importen demasiado; c) la ley es todo aquello que cada cual desee denominar de este modo, cualquiera que sea su significado, y no merece la pena proseguir una investigación que no tiene fin.

Mientras que la tercera postura conduce al escepticismo, las dos anteriores dan origen, en realidad, a la mayoría de las llamadas teorías generales del derecho. Para ser francos, debe reconocerse que la fatiga no constituye la fuente única de la que emanan las dos primeras afirmaciones. Existe asimismo una razón de índole práctica: los juristas o los profesores de derecho no se interesan primordialmente por el análisis teórico del significado de la palabra «ley»; directa o indirectamente, se inclinan —como todo el que actúa en el campo del derecho— hacia los resultados positivos, como, por ejemplo, lograr convencer a un juez y ganar un pleito. Cualquier definición convencional que les conduzca a su meta es acogida gustosamente.

Mas, suponiendo que carezcamos de fines prácticos y, al mismo tiempo, tratemos de eludir el escepticismo, creo que existe sólo una vía para evitar la arbitrariedad de las dos primeras posturas, a saber: tomar en cuenta —hasta donde sea posible— *todas* las acepciones en que se emplea la palabra «ley», con el fin de intentar descubrir un *significado común mínimo* de la misma. No debe confundirse este tipo

de investigación con la del lexicógrafo, quien se limita a señalar uno o más significados del mismo término, sin preocuparse necesariamente de las conexiones entre los diversos significados; esta investigación sólo resulta posible si aceptamos un postulado: que *existe un significado común mínimo*. Dicho de otra forma, hemos de suponer que el lenguaje del hombre de la calle, así como el de los expertos en los tecnicismos de tribunales, estatutos y precedentes legales son lo bastante homogéneos como para justificar la investigación.[107]

No me sorprendería que esta investigación del *significado común mínimo de la palabra* «*le*y» fuera, en definitiva, el arduo destino del denominado filósofo del derecho.

La ausencia de una teoría previa sobre las definiciones y de un enfoque lingüístico satisfactorio del problema de definir la «ley» es responsable de que el lenguaje empleado en la mayoría de las teorías generales del derecho proceda simplemente del empleo que de esa palabra hacen los juristas, o, más concretamente, *ciertas* clases de juristas. Y así, se transplanta de un ámbito en el que, de una manera más o menos directa, sólo se persiguen resultados prácticos a un ámbito completamente distinto, donde esta finalidad práctica no preocupa lo más mínimo, pues de lo que se trata es de alcanzar conclusiones de índole teórica.

Uno de los significados frecuentes de la palabra «ley» en las teorías generales tomado del lenguaje de los profesionales del derecho es el de «norma legal» o, en términos generales, el de «sistema» u «ordenamiento» de normas. Este «sistema» u ordenamiento es, en realidad, el límite conceptual no sólo de los discursos de los juristas profesionales, sino también de todos cuantos se mueven en el campo del derecho; es decir, de cuantos tratan de solventar ciertos problemas prácticos, como son el pago de una deuda, la disolución de un matrimonio y cuestiones parecidas. A tales fines, les resulta suficiente dar por sentado que el derecho es sencillamente el ordenamiento de *esas* normas, cuya aplicación les capacita para alcanzar su objetivo. Análogamente, para los agentes económicos la economía es simplemente el mercado o, mejor dicho, «el mercado» donde pueden vender y comprar bienes o servicios económicos a un precio determinado. Quienes desean disolver su matrimonio o ser pagados por su deudor precisan, ante todo, conocer las *normas* que les atañen, del mismo modo que quienes desean vender o comprar algunos productos en el mercado precisan, ante todo, conocer sus precios. Las razones por las que cada país tiene unas determinadas normas (que difieren, tal vez, de las de otros países, o de las del mismo país en otra época) referentes a la disolución de matrimonios o al pago de la deudas no suele ser, por regla general, un asunto que incumba a los prácticos del derecho, a menos que se hallen interesados personalmente por la historia del derecho o el derecho comparado. De un modo similar, las (con frecuencia remotas) razones por las que los precios son como son en un mercado determinado y en un momento dado no suele interesar a vendedores

o compradores, a no ser que sean economistas o historiadores de la economía.

Tanto los prácticos del derecho como los agentes económicos prescinden aún más de las razones por las que existen *normas* en general en el ámbito legal y *precios* en general en el mercado. Los juristas profesionales, al igual que los asesores económicos, tampoco precisan conocer dichas razones para atender debidamente a sus clientes. El resultado es que todos ellos tratan las normas y los precios, respectivamente, como *datos últimos* de los que parten con la finalidad de alcanzar sus propios objetivos.

Ahora bien, la tarea del economista es descubrir las conexiones existentes entre las acciones de los agentes económicos y los precios de los bienes que compran o venden; la del filósofo del derecho, reconstruir las relaciones existentes entre los agentes jurídicos y las correspondientes normas que éstos pueden invocar para conseguir sus propósitos. Esto significa que para el filósofo del derecho las normas no constituyen los datos últimos del proceso legal, así como tampoco lo son los precios para el economista.

Los economistas han seguido la pista de los precios hasta averiguar el origen de este fenómeno social, su punto de partida: las opciones individuales entre bienes escasos. Yo propongo que los filósofos del derecho hagan otro tanto con respecto a las normas jurídicas como fenómenos sociales hasta llegar a ciertas acciones o actitudes de los individuos. Dichas acciones, en alguna medida, se reflejan en las normas existentes dentro del marco de un sistema jurídico, así como las opciones individuales entre los bienes escasos se reflejan en los precios del mercado en un sistema monetario.

Asimismo propongo que a tales acciones o actitudes individuales se las denomine *demandas o reclaraciones*. Los diccionarios definen la reclamación como «una demanda de algo que es debido». Doy por sentado a este respecto que *sólo los individuos pueden tener reclamaciones, al igual que sólo los individuos pueden efectuar elecciones*. Los individuos reclaman y eligen. Mas si bien para efectuar una elección no precisan involucrar necesariamente a otros individuos, sí precisan hacerlo para efectuar una reclamación.

Sé muy bien que reducir las normas jurídicas a *reclamaciones* individuales puede parecer paradójico. Incluso puede sorprender a quienes parten de presupuestos tópicos que se hallan en la base de la mayoría de las teorías del derecho contemporáneas. ¿No es la norma expresión de un *deber*? ¿No es una norma «legal» ante todo la expresión de un *deber legal*? ¿No son los «derechos» legales (cuando existen) el reflejo de los correspondientes *deberes* tal como están establecidos en normas legales? ¿No es la norma, considerada lógicamente, una sentencia *prescriptiva*? ¿No se halla la naturaleza del *deber legal* tal como se expresa en la norma patentizada mediante *sanciones y coacciones* contempladas, a

su vez, en las normas legales? Son éstas algunas de las objeciones «obvias» que podrían suscitarse contra mi propuesta. Mi modesta respuesta es que, del mismo modo que las normas no son el dato último del proceso jurídico, la denominada naturaleza prescriptiva u obligatoria de la norma jurídica tampoco constituye, para el filósofo del derecho, su naturaleza última.

A primera vista, la analogía entre un llamado deber legal y un *deber moral* podría resultar tentadora. Los deberes morales están considerados, en la tradición kantiana, como datos últimos de la moral. ¿Por qué, entonces, no considerar igualmente los deberes legales como datos últimos del derecho? Pero esto es imposible, ya que antes deberíamos distinguir los deberes *morales* de los *legales* para situar conceptualmente a estos últimos. No conozco un solo intento afortunado a este respecto. Es frecuente sostener que los deberes legales difieren de los morales en que aquéllos, a diferencia de éstos, se presentan relacionados con alguna forma de «coacción » o por lo menos con la contemplación de una posible coacción en la fórmula en que dichos deberes se expresan. A mí no me convence esta teoría, pues no podemos ignorar que muchas normas consideradas habitualmente como legales (y específicamente las consideradas básicas para cualquier ordenamiento jurídico) carecen de todo tipo de coacción, así como de cualquier mención de coacción en la fórmula en que son expresadas.

Por supuesto, existe un buen motivo para ello, aunque parece que dicho motivo ha pasado inadvertido a muchos teóricos. Si observar las normas legales dependiera principalmente de la coacción, o incluso de la mera amenaza de coacción, todo el proceso se hallaría tan lleno de fricciones y sería tan dificultoso que no surtiría efecto. Es curioso observar cómo ciertas personas se hallan tan impresionadas por la naturaleza peculiar de la coacción como componente supuestamente característico de las normas legales, que tienden a pasar totalmente por alto la importancia *marginal* de la coacción en el conjunto de cualquier orden jurídico real.

No son las sanciones ni las coacciones las que conforman la ley. Se hallan presentes tan sólo en un número limitado de casos, y además, como ya he señalado, pueden únicamente aplicarse a ciertas clases de normas que podríamos considerar *subordinadas* a otras. Las normas principales a menudo ni siquiera las mencionan, por la sencilla razón de que ninguna sanción o coacción podrían servirles de una manera efectiva; nos referimos a las normas constitucionales de cada nación o a normas internacionales que afectan a las relaciones entre diferentes naciones.

Los intentos realizados para distinguir entre normas morales y normas legales sobre otras bases no resultan más convincentes que los de concebir las sanciones y coacciones como elementos característicos de las normas legales. Al menos, yo no conozco hasta ahora ningún intento afortunado en tal sentido.

Por otra parte, la con frecuencia tentadora analogía entre normas legales por un

lado y normas técnicas por otro tampoco ha tenido éxito. Normas legales y normas técnicas parecen presentar cierta semejanza porque ambas se hallan formuladas de una manera «prescriptiva» y, por lo general, parten de las mismas hipótesis. La fórmula general de ambos tipos de normas o reglas puede reducirse, poco más o menos, a lo siguiente: *si se desea A, es preciso hacer B*. Pero, nuevamente, lo que resulta difícil aquí es situar el área de las denominadas normas legales diferenciándolas de las normas técnicas en general. Cualquier intento de tomar en consideración simultáneamente la pretendida naturaleza del deber de las normas legales junto con su pretendida naturaleza técnica no hace más que complicar el problema. Las teorías sincretistas de la norma jurídica son poco más que metáforas y no aclaran demasiado: nos referimos a las teorías de Alessandro Levi, según el cual la norma jurídica debiera ser una especie de *gozne o bisagra* que juntase las reglas económicas y morales, así como a las de Gurvitch, para el que las normas jurídicas presentarían siempre una «tensión dramática» por tratarse de una mezcla inextricable de lógica, moral, economía, etc.

Hasta la fecha, ninguna teoría normativa del derecho ha sido capaz de explicar convincentemente qué es una norma jurídica, o, dicho en otras palabras, qué es lo que hace que una norma sea «jurídica» y no, digamos, «moral» o «técnica» o «social». Tampoco el concepto de «autoridad» ha demostrado ser de mayor utilidad para permitirnos diferenciar las normas jurídicas de las demás. Ciertas personas son consideradas autoridades «jurídicas » debido sólo a que existen algunas normas «jurídicas» que definen o prescriben quién ha de ser considerado «autoridad» en el ámbito jurídico. Significativamente, el concepto básico de las más famosas teorías «normativas » del derecho no es el de autoridad, sino el de «norma»; según dicha teoría, ninguna autoridad real en sentido legal crea la norma fundamental de un sistema jurídico.

La dificultad de centrar una teoría general del derecho sobre el concepto de norma jurídica, y en definitiva sobre la idea de deber jurídico tal como se expresa en la norma jurídica, radica en el tratamiento indiscriminado de la famosa palabra alemana *Sollen*, que se refiere a la vez al sustantivo «deber» y al verbo «estar obligado» o «tener un deber». No basta en absoluto utilizar ese verbo en su modo infinitivo para comprender qué es un *deber jurídico*. Cuando afirmo: «Yo he de...», ello puede significar cualquiera de estas tres cosas: a) tengo el deber moral de...; b) estoy obligado a..., si quiero alcanzar el fin que anhelo; c) alguien me reclama «legalmente » que haga...

Bien podría suceder que más de una, o incluso las tres significaciones susodichas se hallen presentes en la expresión «yo he de...». En todo caso, se trata de tres significados distintos que no debieran confundirse entre sí. Únicamente el tercero parece ser el significado *jurídico* de la expresión. Pero la diferencia entre este significado y los mencionados en los apartados a) y b) se apoya sólo en el hecho de

que en aquél se alude a la voluntad de alguien que desea que yo haga lo que debería hacer. El significado conforme a a) se refiere sólo a mi sentido moral, lo cual podría considerarse como un dato último a la manera kantiana; el significado conforme a b) alude a la hipótesis de que yo deseo algo que es un efecto de una causa que puedo decidir por medio de mi proceder. A diferencia de ambos significados previos, el significado conforme a c) se refiere, por último, a una pretensión o reclamación de otros en relación con mi persona. Si nadie deseara, según el derecho, que hiciese algo, no existiría efectivamente ningún deber jurídico por mi parte y la expresión «yo he de...» carecería de significado. En resumen: la expresión «yo he de...», contemplada en sentido jurídico, no se explica si no se refiere a la reclamación (jurídica) de otra persona.

Por supuesto, deberíamos ahora definir qué es una *reclamación* y qué es una reclamación *jurídica*. Quiere esto decir que hemos de elevar nuestra atención desde las personas que dicen «yo he de...» hasta las que afirman «yo tengo una reclamación» o «yo demando» o «yo exijo» o «yo solicito». Sin tales personas no existe «derecho», aunque haya otras que no tengan esa reclamación; *y aunque estas otras personas sientan deberes morales o adoptan reglas técnicas.* Naturalmente, esto no significa que la reclamación sea satisfecha si las personas cuyo comportamiento es objeto de la misma no sienten el correspondiente deber moral o, simplemente, no son conscientes de que es «técnicamente» conveniente para ellas hacerlo. Pero si bien el concepto central en la significación conforme a a) es el del *deber*, y el concepto central en la significación conforme a b) es el de la *conveniencia*, el concepto central en la significación conforme a c) es, en definitiva, el de una *reclamación* por parte de otras personas.

¿Qué significa «pretender» o «reclamar»? Psicológicamente, es una acción compleja. Ante todo, es evidente que no todas las demandas son pretensiones *jurídicas*, según los diversos significados que podemos tomar en consideración a este respecto. El asaltante que me aguarda en un paraje oscuro y solitario «pretende» mi dinero; por otro lado, el prestamista pretende mi dinero si tengo que devolverle cierta suma. Pero mientras la primera reclamación sería, de ordinario, considerada «ilegal» en todos los países del mundo, la segunda, por lo general, se considera «legal» en cualquier parte. Me parece que la diferencia más evidente entre ambas pretensiones es que todo el mundo (inclusive los asaltantes) se propone, generalmente, no ser robado por nadie. Generalmente, todo el mundo tiene intención de devolver el dinero que le ha sido prestado, incluidos esos granujas que tratan de evitar reintegrar los préstamos a sus acreedores. El asaltante o el granuja tienen una reclamación *especial*, que se halla en contradicción con la demanda *común*, siendo ésta una reclamación que ellos mismos harían valer frente a todos los posibles asaltantes o deudores de mala fe.

Los partidarios de la teoría «normativa» del derecho podrían objetar que lo que

nos permite hablar de una contradicción entre demandas «comunes » y demandas «especiales» es, en realidad, la existencia de una «norma »; más exactamente, de una norma jurídica. Sin embargo, me gustaría replicar que no es en absoluto necesario pensar en una *norma de tipo jurídico* como criterio para demostrar la mencionada contradicción. La noción clásica de «id quod plerumque accidit» (lo sucede en general) en una determinada sociedad resultaría más que suficiente para permitirnos diferenciar las pretensiones «legales» de las «ilegales». La probabilidad estadística de que un viandante se transforme en asaltante al encontrase con otro viandante en un paraje solitario es relativamente baja, y en todo caso mucho más baja que la contraria en cualquier momento dado; otro tanto es aplicable a quien pide dinero prestado y a la probabilidad de que no tenga intención alguna de devolverlo. El popular refrán ruso de «donde todos roban, nadie es ladrón» es cierto. Es decir, donde todos roban, las propias premisas no sirven para definir al asaltante o ladrón, puesto que no existe realmente ninguna comunidad organizada. La reclamación que hemos calificado como *especial* es, estadísticamente, *no probable en la comunidad.* Se trata, por así decirlo, de una excepción a la norma, y entiendo por *norma*, en general, no necesariamente una norma jurídica, sino una descripción de sucesos reales conforme a un esquema.

Lo que se halla *implícito* en la reclamación del acreedor frente al deudor es la *previsión de que el deudor pagará*. Lo que se halla implícito en la reclamación de un transeúnte de no ser asaltado ni molestado por nadie es, a su vez, la previsión de que nadie le molestará. Los juicios de probabilidad constituyen el fundamento de sus respectivas pretensiones.

Por otra parte, lo que se halla implícito en la actitud de un asaltante o de un deudor de mala fe cuando desea alcanzar sus propósitos es la previsión de que su reclamación no sería satisfecha por sus víctimas en circunstancias normales. Tal es el motivo de que semejantes individuos traten de colocarse a sí mismos y/o a sus víctimas en una situación muy especial para poder aumentar las probabilidades, ordinariamente mínimas, de que sus pretensiones *especiales* sean satisfechas.

Propongo que llamemos «jurídicas» en sentido estricto a aquellas exigencias o pretensiones *que tienen una alta probabilidad de ser satisfechas* por las personas a quienes corresponde en una sociedad dada y en cualquier momento dado, siendo variables y estando basadas alternativa o conjuntamente en normas morales o técnicas las razones por las cuales pudieran satisfacerse en cada caso concreto.

Al contrario, las «exigencias o pretensiones ilegales» serían aquellas *que tienen poca o ninguna probabilidad de resultar satisfechas por las personas a quienes corresponde en circunstancias normales* (por ejemplo, si un asaltante demandara dinero a plena luz del día y en una calle muy concurrida).

Las pretensiones claramente «legales», por un lado, y las claramente «ilegales »,

por otro, *se hallan situadas en los extremos opuestos de un espectro que comprende todas las pretensiones que pueden efectuarse en una determinada sociedad y en cualquier momento dado*. No deberíamos olvidar, sin embargo, el vasto sector intermedio de las menos definibles pretensiones «cuasi-legales» o «cuasi-ilegales», cuyas probabilidades de ser satisfechas son inferiores a las de las pretensiones claramente «legales», pero superiores a las de las claramente «ilegales».

La ubicación de muchas de las pretensiones, si no todas, en dicho espectro puede cambiar y *de hecho cambia en cualquier sociedad, en cualquier momento dado.* Este proceso, por emplear las célebres palabras de Justiniano, «semper in infinitum decurrit» (se produce indefinidamente) y no podríamos abarcarlo sin introducir la dimensión temporal. Surgirían nuevas pretensiones, en tanto que las antiguas se desvanecerían, y las pretensiones actuales cambiarían su situación en el espectro. Por consiguiente, todo el proceso puede describirse como *un cambio continuo de las probabilidades respectivas que poseen todas las pretensiones de ser satisfechas en una sociedad dada y en un tiempo dado.*

Como hemos visto, las pretensiones o reclamaciones se basan en *previsiones*. Sin embargo, no son reducibles a meras previsiones. La posición del agente jurídico no es exactamente la de un astrónomo que prevé un eclipse; se asemejaría a la del astrónomo si éste no sólo previera sino que *deseara* que dicho eclipse tuviera lugar *por razones propias y, al mismo tiempo, pudiese influir en este acontecimiento mediante su propia actuación*. Ninguna reclamación es posible sin un elemento de *voluntad*, basado en un interés de la persona afectada. Por otra parte, ninguna voluntad de ésta resulta posible si no se basa en la previsión antes mencionada. Debemos, desde luego, distinguir entre diversas clases de previsión en relación con la meta última que queremos alcanzar cuando formulamos una reclamación. Alguien puede prever, en calidad de acreedor, que su deudor le pagará, pero el acreedor también *desea* que su deudor le pague, por lo que está determinado a emplear ciertos medios a su disposición para que éste salde su deuda. Esto no significa necesariamente que desee o precise recurrir a cualquier tipo de «coacción». Acaso el deudor pagará de grado; acaso sólo pagará cuando el acreedor se lo recuerde o tras una pequeña discusión, algún reproche, etc. Aun cuando el acreedor recurra, incluso, a la coacción (o a la amenaza de coacción), este concepto no es tan relevante en todo el proceso como a primera vista podría parecer, puesto que la coacción referida al deudor requiere la *cooperación* de las personas que han de aplicarla. Estas personas, a su vez, podrían aplicar la coacción de grado o, nuevamente, tras la intervención personal del acreedor, sin necesidad de que éste tenga que recurrir forzosamente a otras formas de coacción sobre quienes tienen que cooperar para facilitar la coacción sobre el deudor. La idea decisiva aquí es, como antes, no la coacción sino *la voluntad del acreedor de conseguir un comportamiento que él prevé como estadísticamente probable por parte de otras personas*.[108]

Las pretensiones se entremezclan e incluso podrían entrar en conflicto unas con otras: «legal» contra «ilegal», y asimismo «legal» contra «legal», e «ilegal» contra «ilegal», dependiendo su respectivo éxito de sus probabilidades respectivas de ser satisfechas por las personas a quienes conciernen.

Es interesante comparar los resultados del análisis arriba perfilado con algunos de los principales conceptos de los letrados y —podría añadir— de todos los agentes jurídicos. Ya he señalado que habitualmente parten del concepto de norma jurídica en vez del de «reclamación jurídica». Incluso aquellos juristas que trataron de teorizar el concepto de reclamación jurídica como concepto básico del lenguaje jurídico se enredaron en contradicciones siempre que se asieron al concepto de norma jurídica como fundamental para desarrollar sus teorías.

Debo subrayar ahora algunas otras diferencias que podemos observar en el lenguaje y, respectivamente, en el humor o estado anímico de letrados y agentes jurídicos en general cotejados con el lenguaje que yo he indicado como característico del filósofo del derecho. Los juristas no sólo «deducen» las pretensiones legales de las normas jurídicas, sino que conciben sus deducciones como las únicas posibles. Las reclamaciones son legales para los juristas si resultan «derivables» de una norma legal, e ilegales en caso contrario. A su vez, las normas son legales o ilegales según sean o no sean aceptadas por los susodichos juristas y los agentes jurídicos en general en orden a alcanzar sus propios objetivos prácticos. *Tertium non datur*. La imagen de las normas y, respectivamente, de las pretensiones de los agentes jurídicos es, por así decirlo, siempre en blanco y negro. En dicha imagen no se hace referencia alguna a una dimensión temporal: los agentes jurídicos se preocupan de la norma legal del día de hoy; no de las de ayer o mañana. Finalmente, sólo se preocupan de la norma legal que ellos han aceptado como tal, con miras a sus propios objetivos prácticos, e ignoran todas las demás. Poseen una visión exclusivista de la sociedad jurídica. En realidad, sólo se preocupan *de su propia* sociedad jurídica. Pueden también aludir a otras sociedades, mas sólo hasta donde éstas les resultan aceptables o rechazables, partiendo de la base de las normas únicas que ellos han aceptado. Lo que los agentes jurídicos precisan, de hecho, es realizar ciertas reclamaciones, y a dicho fin adaptan su lenguaje y su estado de ánimo. El filósofo del derecho, por el contrario, no desea efectuar o apoyar reclamación alguna propia, sino que se sirve de las ya existentes para reconstruir las relaciones básicas entre ellas y con las normas jurídicas de cualquier sociedad dada, en cualquier momento dado.

El filósofo del derecho no sólo se aleja del concepto de pretensión o reclamación, sino que comprende asimismo que tales pretensiones pueden ser contradictorias. Más aún: comprende que las pretensiones pueden resultar contradictorias aun cuando todas sean consideradas «legales» por diferentes personas a un mismo tiempo. La imagen de la ley del filósofo del derecho nunca es, por consiguiente, en

blanco y negro, puesto que en ella se ha de tener en cuenta todo un sector de reclamaciones del cual los juristas no se preocupan. Sabe que exactamente en ese sector es donde acaecen hechos que pueden modificar, en cualquier momento dado, la imagen completa del agente jurídico. El filósofo del derecho sabe igualmente que no existe una sola sociedad legal, esto es, la aceptada por cada agente jurídico por motivos prácticos, sino también otras sociedades «legales » que pueden resultar contradictorias con la anterior, aceptadas por otras personas, a su vez, por sus propias razones prácticas. La imagen resultante que ofrece el filósofo del derecho es una imagen matizada y multilateral, y se despliega a través del tiempo, como esas pinturas japonesas que únicamente pueden examinarse desenrollando el largo pergamino que las contiene. En la perspectiva del filósofo, la norma jurídica no sólo posee una ubicación diferente que en la imagen del agente jurídico: tiene, además, un *significado* diferente. Una norma jurídica es una regla en sentido estadístico, mientras que a los ojos del agente jurídico es sólo la descripción de las pretensiones que él considera legales, sin reparar en todas las demás, posiblemente contradictorias.

La diferencia entre ambos puntos de vista no es siempre tan fácil de percibir. Tanto el jurista como el filósofo del derecho consideran, al fin y al cabo, legales las pretensiones cuya satisfacción juzgan probable. Mientras el jurista se halla ocupado en el proceso de influenciar ese suceso probable, el filósofo del derecho espera para contemplarlo; pero ambos consideran la norma jurídica como una sentencia que expresa reclamaciones. Mientras el jurista invoca dicha sentencia para apoyar sus propias reivindicaciones, el filósofo la estudia como un reflejo de pretensiones que no son necesariamente las suyas propias. En consecuencia, el jurista no pone en duda la validez de la sentencia, ya que no duda de la validez de sus (correspondientes) reivindicaciones; el filósofo del derecho siempre está dispuesto a examinar atentamente tal sentencia para averiguar si describe fielmente las pretensiones «jurídicas» en sentido estadístico.

De estos dos puntos de vista diferentes se derivan dos distintas perspectivas de las normas jurídicas y de su importancia en todo el proceso jurídico. El jurista entiende que fijar normas jurídicas, digamos, mediante la legislación es el origen del proceso jurídico. El filósofo del derecho, por su parte, ha de considerarlo únicamente como uno de los factores de dicho proceso; ni siquiera el factor decisivo. A decir verdad, la legislación no describe necesariamente las reclamaciones estadísticamente legales, aunque, por supuesto, puede influir sobre las probabilidades de que sean satisfechas en cualquier sociedad dada y en cualquier momento dado. En realidad, sólo unas pocas personas (los representantes del pueblo) participan directamente en el proceso de crear la legislación, y cuanto hacen es describir las pretensiones o reivindicaciones que ellos efectúan o apoyan, sin que, por regla general, hayan de coincidir forzosamente con las reivindicaciones que efectivamente sean o vayan a ser satisfechas en esa sociedad. Resulta característico

que, en todas las épocas (y esto es aplicable especialmente a nuestra era contemporánea), haya existido una fuerte tendencia a sobrevalorar si no la precisión de la descripción de las reclamaciones estadísticamente «legales» por parte de los legisladores, sí al menos el poder de éstos para influenciar, mediante la legislación, las probabilidades de las reclamaciones legales ya existentes.

Yo insinuaría que esta tendencia es la contraparte práctica del supuesto teórico que sitúa las «normas» al principio de todo el proceso jurídico y considera únicamente las reclamaciones como una *consecuencia* lógica de las «prescripciones» normativas. Es tarea del filósofo del derecho, además de reconstruir las auténticas conexiones existentes entre las reclamaciones estadísticamente legales y las normas jurídicas, traer a la memoria de todos los operadores o agentes jurídicos que la fijación de las normas jurídicas tiene un radio de alcance limitado en cualquier proceso jurídico.

Podríamos considerar la legislación como una tentativa más o menos venturosa de describir las reclamaciones estadísticamente legales, además de «prescribirlas». Lo que los legisladores describen puede ser: a) aquello que creen son las normas legales estadísticamente vigentes en su propia sociedad, o b) aquello que creen *serán* las normas legales estadísticamente vigentes en dicha sociedad como resultado de su legislación y del empleo de los medios que para producir tal resultado creen tener a su disposición (a saber, la coacción física o psicológica). Mas nuevamente, llegados a este punto, debemos retroceder a lo que antes observé en relación con la coacción y su importancia en el proceso jurídico en su conjunto. La legislación, al describir una situación que los legisladores desean para el futuro, debe relacionarse con las dificultades que surgen del hecho de que la coacción dentro del proceso jurídico tenga una importancia marginal. Por supuesto, la legislación puede también describir sencillamente cuál es la presente situación legal, sin propender a modificarla, o aun con el mero propósito de mantenerla: los códigos de leyes que fueron aprobados y sancionados en el siglo pasado en Europa constituyen un ejemplo pertinente. Las leyes y decretos que actualmente se promulgan en todo el mundo constituyen en su mayoría un ejemplo de legislación que tiende a modificar la situación ya existente. La legislación, en todos los casos, es tanto la exposición de reclamaciones apoyadas por los propios legisladores como una descripción de reclamaciones que han de ser consideradas, en su propia sociedad y por dichos legisladores, estadísticamente legales, pudiendo variar ostensiblemente en cualquier legislación el grado en que cada uno de ambos aspectos está presente.

Análogas observaciones podemos hacer sobre otras formas de fijar las normas jurídicas al margen de la legislación, como las realizadas por los jueces. Las resoluciones de un juez o los dictámenes de un jurisconsulto (como en los tiempos romanos) son siempre, al mismo tiempo, formulaciones de pretensiones que se

consideran estadísticamente legales y reclamaciones que, asimismo, son defendidas, hasta cierto grado, por sus autores. Sin embargo, juristas y jueces se hallan aún más condicionados que los legisladores en su intento de apoyar sus propias pretensiones al tiempo que describen las pretensiones estadísticamente legales en el ámbito de su propia sociedad en un momento dado. Si bien el trabajo del legislador pretende hallarse, al menos por definición, libre de condicionamientos, el de un juez o el de un jurisconsulto, también por su misma definición, está condicionado por los precedentes, los estatutos y las propias reivindicaciones de las partes interesadas. Jueces y jurisconsultos, más aún que en el caso del legislador, se ven confrontados con la importancia marginal de la coacción y otros medios para forzar las probabilidades de que las reclamaciones sean realmente satisfechas por aquellos a quienes corresponde.

El proceso jurídico, en último término, se remonta siempre a la reclamación individual. Los individuos crean el derecho en tanto en cuanto efectúan reclamaciones que prosperan. No hacen únicamente previsiones y predicciones, sino que intentan que éstas tengan buen fin mediante su propia intervención en el proceso. Así, los jueces, los jurisconsultos y, sobre todo, los legisladores no son sino individuos que se encuentran en una situación especial para influir, a través de su propia intervención, en todo el proceso jurídico. Como ya he señalado antes, las posibilidades de esta intervención están limitadas y no deberían ser sobrevaloradas. Y, por otra parte, he de agregar que tampoco deberíamos sobrevalorar las *distorsiones* que la intervención de esos individuos especiales, sobre todo los legisladores, pudiera provocar en todo el proceso.

Cualquiera que sea su origen —resoluciones de los jueces, dictámenes de los jurisconsultos, o leyes aprobadas formalmente—, las normas jurídicas influyen casi siempre en el proceso mencionado hasta cierto punto. Incluso cuando se limitan a describir la situación ya existente de las reclamaciones legales, tienden al menos a perpetuar dicha situación ofreciéndonos una imagen nítida de cuanto acaece en el ya existente proceso jurídico. De otro lado, cuando las normas legales describen una situación futura que sus autores, influyendo sobre el proceso jurídico en vigor, desean lograr, es muy posible que consigan impedir a la gente salir airosa en sus propias reclamaciones, aunque los autores no consigan hacer aceptar la satisfacción de otras reclamaciones (contrarias). Sin duda existe una consecuencia negativa de las normas legales que es de mayor eficacia que cualquier consecuencia positiva, ya que resulta más fácil impedir a la gente que haga su voluntad que forzarla, de un modo efectivo, a hacer algo que no desea. Los individuos que gozan de una situación especial dentro del proceso jurídico pueden aprovecharse de ello, mas no tanto como desearían o posiblemente creen. Si no me equivoco, es ésta una enseñanza que, más o menos veladamente, nos ha sido impartida por la antigua doctrina del derecho natural, esto es, por la doctrina de los derechos del hombre. Esta enseñanza debe sernos útil, aun cuando carezca —o precisamente por ello— de

consistencia práctica. No es tanto la reivindicación de un agente jurídico como una conclusión teórica del filósofo del derecho.

[Ir a tabla de contenidos]

2. La elaboración del derecho y de la economía

Los estudios generales sobre la naturaleza de la ciencia económica son bastante escasos; otro tanto cabe afirmar, bien considerado, de los estudios generales de la ciencia jurídica. Probablemente, es ésta una buena razón que explica la falta de estudios dignos de mención que comparen la naturaleza del proceso de elaboración de las leyes con la naturaleza del proceso económico, y concretamente con la naturaleza del proceso de mercado. Pero ciertamente no es lo único que explica tal escasez. En esta era nuestra de especialización, pocos economistas son también juristas, y viceversa. Contamos con unos cuantos ejemplos notables de economistas expertos en derecho: los profesores Mises y Hayek, entre ellos. Algunos consejeros económicos o jurídicos de grandes empresas o federaciones industriales son, a su vez, abogados expertos en economía (a este respecto, podría mencionar a mi buen amigo Arthur Shenfield, quien es tanto abogado como economista y desempeña actualmente el cargo de consejero económico jefe de la Federación de Industrias Británicas). Son sumamente escasas las personas que a la vez se encuentran dispuestas y capacitadas para ahondar en un estudio comparativo de ambos procesos, y no pretendo yo figurar entre ellas. No obstante, por ser abogado de profesión y hallándome además vivamente interesado en la teoría y la práctica de la economía, he considerado siempre de suma importancia para abogados y economistas tener una idea clara de la naturaleza de estos procesos, de cuáles son sus aspectos principales mutuamente comparados y, en definitiva, de cuáles son las relaciones teóricas y prácticas entre ambos procesos.

La importancia de una indagación de esta índole no es meramente teórica. Si los políticos se sienten o no autorizados a adoptar ciertas líneas políticas con miras a alcanzar determinados fines en el ámbito económico depende, en buen grado, de sus ideas tocantes a los aspectos respectivos de cada proceso y a sus relaciones recíprocas. El que el hombre de la calle exija o apruebe o sencillamente tolere tales líneas políticas depende, en sumo grado, de cuáles sean esas ideas.

No creo que los políticos y el hombre de la calle se hallen necesariamente condicionados, en lo que respecta a sus ideas sobre las relaciones entre el proceso de elaboración del derecho y el proceso económico, por su propia ideología política. Al contrario, sospecho que su propia ideología política puede, en muchos casos, estar condicionada por sus ideas más o menos claras en torno a la naturaleza y relaciones de los dos procesos susodichos.

Partiré de un intento por describir las principales clases de procesos de formación del derecho tal como los conocemos al menos en la historia de Occidente. Veremos

luego que todas ellas pueden hacerse remontar hasta una manera más general, aunque menos evidente, de producir o generar la ley, sobre la cual hablaré al final.

Deseo compendiar mi argumento afirmando que, a lo largo de la historia de Occidente, *existen tres modos o métodos principales de elaborar el derecho*, que emergen desde los antiguos griegos hasta el día de hoy con rasgos distintivos independientes, aunque ninguno de ellos al margen o con exclusión de los otros. Éstos son: 1) La producción del derecho conforme a los criterios de una clase especial de expertos llamados *iuris-consulti* en Roma, *Juristen* en la Alemania de la Edad Media, y *lawyers* en los países anglosajones. Dichos expertos generaron un tipo de derecho que, desde su origen, se denomina «derecho de los juristas» o, como dicen los alemanes, *Juristenrecht*. 2) La producción del derecho por parte de otra clase especial de expertos llamados jueces. La expresión inglesa *judge-made law* (el juez hace la ley) encierra exactamente lo que tengo presente al referirme a este tipo de ley. 3) La producción de la ley a través del *proceso legislativo*. Es éste un proceso que ha llegado a ser tan habitual en la actualidad que el hombre de la calle de muchos países no puede siquiera imaginar otro tipo de producción de lo que entendemos por ley. La legislación se concibe como el resultado de la voluntad de ciertas personas llamadas legisladores; la idea subyacente es que lo que los legisladores disponen debe considerarse, en definitiva, como la ley de un país.

La legislación difiere profundamente de las dos maneras precedentes de «producir la ley». Los juristas y los jueces producen la ley partiendo de ciertos materiales que les han sido otorgados con la finalidad de condicionar su propia producción. Por adoptar una afortunada metáfora de un gran erudito contemporáneo, Sir Carleton Kemp Allen, «hacen» la ley en el mismo sentido en que quien trocea un árbol «hace» la leña.[109] La ambición de los legisladores es, al contrario, elaborar la ley sin verse así condicionados: no sólo «producen» la ley, sino que la producen mediante una suerte de *fiat*, al margen de los materiales y aun de las voluntades y opiniones contrarias de otras personas. Lo que se proponen no es una mera producción, sino —como diría uno de los más célebres teóricos contemporáneos y defensor de este proceso— una auténtica *creación* de la ley.[110] Durante siglos, la naturaleza peculiar de estos rasgos distintivos de la legislación la han entendido y expresado los estudiosos mediante la contraposición de términos como *jus* y *lex*, ley y *voluntad*, *ley* y *rey*, ley y *soberano*, etc. Esta contraposición ha estado con frecuencia a través de los tiempos impregnada de significaciones e implicaciones metafísicas o religiosas.

Sin embargo, dicha contraposición también puede entenderse perfectamente en simples términos humanos o mundanos. Si se supone que la ley es *creación* de un legislador, debemos igualmente suponer, almenos implícitamente, que es consecuencia de la voluntad sin condicionamiento alguno de personas como un rey, un soberano, etc. Por consiguiente, la legislación se remonta, más o menos

implícitamente, a la voluntad libre de condicionamientos de tal soberano, sea cual fuere. La auténtica idea de legislación alienta las esperanzas de todos aquellos que imaginan que, en su calidad de voluntad no condicionada de ciertas personas, será capaz de alcanzar fines que nunca podrían alcanzarse mediante procedimientos ordinarios adoptados por hombres también ordinarios; es decir, por jueces y por juristas. La frase hoy frecuente en el hombre de la calle, «Debería haber una ley» para esto o lo otro, es la cándida expresión de su fe en la legislación. En tanto los procesos conducentes al derecho jurisprudencial y al derecho judicial aparecen como maneras condicionadas de producir la ley, el proceso legislativo aparece, o tiende a aparecer, como algo *no condicionado* y como materia pura de voluntad.

La sola idea de que podría existir una forma no condicionada de producir la ley ha sido negada en todas las épocas por eminentes estudiosos. Por ejemplo, en la antigua Roma uno de los más notables estadistas, Catón el Censor, adalid del modo de vida tradicional contra el modo de vida extranjero (es decir, el modo griego), solía jactarse de que la superioridad del sistema jurídico romano frente al griego estribaba en el hecho de que aquél había sido producido, fragmento a fragmento, a través de una larga serie de siglos y de generaciones por un gran número de personas, cada una de las cuales tuvo que fundamentar su trabajo en la experiencia y en los precedentes, y estuvo siempre condicionado por la situación vigente. Posteriormente, durante la Edad Media, el célebre jurista inglés Henry de Bracton acostumbraba decir —en un lenguaje radicalmente diferente, debido a su también diferente cultura filosófica y religiosa— que el propio rey se halla sujeto a la ley, puesto que es la ley la que hace a los reyes: «Dejad, pues, que el Rey atribuya a la ley lo que la ley le atribuye a él, a saber, autoridad y poder, pues no existe Rey alguno en quien domine la voluntad y no la ley.» Si hubiéramos de traducir el lenguaje de Bracton a términos más modernos, diríamos que ni siquiera el Rey con todo su poder puede crear la ley; sólo puede hacerla cumplir. No existe ninguna forma incondicionada de elaborar la ley a voluntad, aunque se tenga un gran poder sobre los demás.

Otro jurista inglés diría lo mismo con otras palabras en el siglo XVIII. Me refiero a Blackstone, quien solía decir que el soberano no es la *fuente* sino sólo el *depósito* de la ley, del cual, y a través de miles de conductos, se derivan para el individuo la justicia y la ley.

Igual juicio crítico sobre la supuesta posibilidad que tiene el legislador de crear la ley de la nada ha sido compartido por los más notables juristas del mundo occidental. Así, por ejemplo, el más grande jurista alemán del siglo XIX, Savigny, considerado el fundador de la Escuela Histórica del Derecho, escribió al comienzo de aquel siglo que lo que unifica las reglas de nuestro comportamiento (incluso el comportamiento legal) en un todo «es la convicción común de la gente, el sentimiento afín de una necesidad íntima, excluyendo toda noción de un origen

arbitrario y accidental». Y otro gran jurista, Eugen Ehrlich, cuya influencia en los Estados Unidos ha sido en los últimos tiempos cada vez mayor por medio de colegas como Pound, Timasheff, Cairns y Julius Stone, declaró categóricamente, ya en nuestro siglo, que «actualmente, como en cualquier tiempo pretérito, el centro de gravedad del progreso jurídico no descansa en la legislación... sino en la misma sociedad». A todos estos críticos de la idea del proceso legislativo como forma no condicionada de producir la ley a voluntad podríamos añadir muchos economistas tanto de la escuela clásica como de la neoclásica. (Volveremos luego sobre el tema de la legislación y la idea que subyace a todas las tentativas de sustituirla por cualquier otro tipo de proceso de elaboración del derecho.)

Examinemos ahora las otras dos maneras de producir la ley antes mencionadas. La primera es la forma adoptada por los juristas. Todos los países de Occidente, con la probable excepción de la Antigua Grecia, consideraron a los juristas como una clase especial de expertos una vez alcanzado cierto grado en el desarrollo de su civilización. El lugar donde parecen haber gozado de un *status* superior fue, con todo, la Antigua Roma: sus jurisconsultos «produjeron» la ley a lo largo de los siglos de una manera profesional, públicamente acreditada y casi oficial. Verdad es que, por lo común, ellos mismos no se mostraban ávidos en reconocer este hecho. Mientras desarrollaban las normas jurídicas solían a menudo remitirse a viejos y legendarios estatutos, como el de las Doce Tablas; aun así, desarrollaron, en efecto, esas normas y sus conciudadanos las aceptaron de buen grado, a la vez que su gobierno no interfirió, por lo general, en aquel proceso. Por supuesto, los romanos aprobaron y sancionaron numerosos estatutos en el curso de su historia, pero tales estatutos eran, en su mayor parte, relativos al funcionamiento de su propio gobierno y sólo en escasas ocasiones se referían a las relaciones privadas entre los individuos. Desde el principio al final de su historia, que abarca más de un milenio, los poderes legislativos romanos aprobaron y sancionaron escasamente medio centenar de decretos aplicables a las relaciones privadas entre los ciudadanos.

Análoga situación disfrutaron los juristas italianos, franceses y alemanes, tanto en la Edad Media como en la Edad Moderna, hasta el comienzo del siglo pasado y, en lo que respecta a los países germanos, hasta el final del mismo. La forma peculiar en que estos juristas producían la ley difería bastante del viejo modelo romano; pese a ello, «produjeron» su propia ley de una manera que fue pública e incluso oficialmente reconocida, aunque de cuando en cuando se viera sometida a diversas constricciones hasta la introducción en el continente europeo de los códigos hacia finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. En otra parte he tratado de definir brevemente la naturaleza del proceso adoptado por los jurisconsultos romanos. En dicho intento, me apoyé en los sugestivos estudios de algunos eruditos contemporáneos, como los italianos Rotondi y Vincenzo Arangio Ruiz, el inglés Buckland y el alemán Schulz. A este respecto consigné:

El jurista romano era una especie de científico: los objetos de su investigación eran las soluciones a casos que los ciudadanos le sometían a estudio, lo mismo que los industriales pueden hoy someter a un físico o a un ingeniero un problema técnico relacionado con sus fábricas o su producción. Por eso, el derecho privado romano era algo que había que describir o descubrir, no promulgar; un mundo de cosas que estaban ahí, formando parte de la herencia común de todos los ciudadanos romanos. Nadie promulgaba esa ley; nadie la podía cambiar porque así le apetecía. Esto no suponía que no hubiera cambios, pero sí que nadie se acostaba por la noche planificando su vida de acuerdo con los dogmas actuales para levantarse a la mañana siguiente y encontrarse con que esas normas habían sido modificadas por una innovación legislativa.

Los romanos aceptaron y aplicaron un concepto de la certeza de la ley que podría describirse como la noción de que la ley no debe estar sometida nunca a cambios súbitos e imprevisibles. Además, la ley nunca debería someterse, como norma, a la voluntad arbitraria o al poder arbitrario de una asamblea legislativa, o de cualquier persona, incluidos los senadores y otros magistrados conspicuos del Estado. Este es el concepto a largo plazo o, si se prefiere, el concepto romano de la certeza de la ley.[111]

Ya he señalado que este concepto del derecho fue indudablemente fundamental para la libertad de que, por lo general, disfrutaban los ciudadanos romanos en sus negocios y en toda su vida privada. Resulta de suma importancia, a este respecto, hacer notar que el proceso de elaboración de la ley adoptado por los jurisconsultos romanos se tradujo en situar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos en un plano muy semejante al que el mercado libre sitúa las relaciones económicas. La ley en su totalidad se hallaba no menos libre de injerencia que el propio mercado, o, por emplear las palabras del Profesor Schulz, el derecho privado en Roma se desarrolló «sobre la base de la libertad y el individualismo».[112]

Aprovecharé esta oportunidad para refutar una de las críticas que se hicieron a *La libertad y la ley* [113] en la que fui acusado de mostrarme demasiado entusiasta respecto del sistema romano. Yo no lo creo así. Nunca sostuve que el derecho romano proporcionase un «paraíso de libertad», y menos aún que deparara ese «paraíso» bajo el gobierno de sus emperadores. Creo, sin embargo, que hay mucho que decir en pro del sistema jurídico de los romanos, incluso bajo el régimen de los emperadores, cuando comparamos dicho sistema con tantos otros que predominan hoy en día. Es cierto que aquellos gobernantes romanos que eran omnipotentes disponían en ocasiones a su voluntad de la vida y las propiedades de algunos ciudadanos. Pero esto ocurría y era considerado siempre como una excepción y, además, como una excepción ilegal de la regla general, según la cual el estado no podía disponer de la vida y las propiedades de los ciudadanos. Si comparamos aquella regla general con las que prevalecen en casi todos los estados

contemporáneos, donde las prácticas confiscatorias u otras limitaciones a la libre elección de los individuos en el mercado afectan, de hecho, o por lo menos en principio, a todos los ciudadanos; es decir, si efectuamos una comparación entre los sistemas jurídicos actuales y el viejo sistema romano, el resultado es muy lisonjero para éste.

Un tirano romano de los días de la antigua República, como Sulla, podía vengarse de sus enemigos tratando de ajusticiarles o confiscando sus propiedades. Un emperador romano de tiempos posteriores podía ordenar a un asesino que diera muerte a algún pretendiente al trono o a algún rival peligroso y emitir un decreto que confiscara sus bienes. Pero las leyes contemporáneas, incluso en países libres como éste, tienen, en principio, la potestad —sólo con que se atengan a ciertas formalidades legales— de despojar a todos los ciudadanos de casi todos sus bienes, cuando no de su vida.

Si comparamos el sistema tributario romano con muchos contemporáneos, llegamos a conclusiones análogas. La reseña de mi libro antes mencionada aludía a la supuesta «tributación abrumadora» que pesaba sobre los antiguos romanos. Por desgracia, desconocemos el modo real en que hacían funcionar su sistema fiscal, ya que existen diversos extremos relacionados con él que todavía se ignoran. Sin embargo, es seguro que los ciudadanos romanos no se hallaban sometidos, en principio, a ninguna tributación real, por lo menos en el periodo clásico. Todo cuanto su gobierno hizo fue recurrir al préstamo coactivo cuando era preciso emprender una guerra. Si dicha guerra se ganaba —lo que sucedía con frecuencia —, el dinero tomado en préstamo por el gobierno se devolvía a los ciudadanos. A su vez, los países conquistados eran, ordinariamente, sometidos a una tributación (la denominada *vectigal*) concebida como una especie de rescate que, por la utilización de su propia tierra, los sojuzgados debían abonar a los conquistadores romanos. Pero incluso esta tributación nunca sobrepasó, por regla general, el diez por ciento de los ingresos de quienes habían de satisfacerla. Si consideramos que el poder fiscal de nuestros gobiernos contemporáneos —aun en países libres como éste— es prácticamente ilimitado y puede absorber la casi totalidad de los ingresos de algunos contribuyentes de las llamadas clases altas, la comparación con el sistema tributario romano probablemente nos deje sin aliento debido a la generosidad de éste. Los gobiernos contemporáneos de los denominados países libres se comportan con sus ciudadanos, almenos en lo que a su política fiscal se refiere, de un modo que ningún gobierno romano lo hubiera hecho, no sólo con sus propios ciudadanos, sino incluso con los de los países sojuzgados.

Debo finalmente referirme, para completar esta comparación antes de volver al tema principal, a la llamada red represiva de controles y medidas de bienestar supuestamente adoptadas por los romanos, según el autor de la crítica a mi libro. Aun aquí, deberíamos claramente distinguir entre el periodo romano clásico y el

periodo postclásico de lo que conocemos como decadencia del Imperio Romano. Tales controles y medidas de bienestar fueron prácticamente desconocidos durante el primer periodo. Se introdujeron ocasionalmente por algunos emperadores durante el segundo, y alcanzaron su apogeo en la época de Diocleciano, durante el siglo IV después de Cristo, es decir, hacia el final de la historia del Imperio Romano de Occidente. Pero si comparamos el estado de bienestar y la planificación introducidas por Diocleciano con el estado asistencial, la nacionalización y la planificación realizadas por nuestros gobiernos contemporáneos, dicha comparación resultaría favorable a los antiguos romanos. Normalmente, las tierras de propiedad privada jamás fueron confiscadas en Roma, y el gobierno nunca interfería en la explotación de las empresas privadas. Algo parecido podemos afirmar acerca de la inflación y la depreciación de la moneda. Todo cuanto el gobierno romano podía hacer a este respecto, comparado con el poder sin límites de los gobiernos contemporáneos para desatar la inflación mediante leyes sobre moneda de curso legal y prácticas semejantes, era relativamente poco.

Pero volvamos a nuestro tema principal, esto es, a la «producción» de la ley por parte de los juristas. Trataremos ahora de analizar un poco más detenidamente de qué modo y de qué lugar los jurisconsultos romanos hacían emanar sus normas jurídicas. Estudios recientes nos permiten llegar a la conclusión de que, muy probablemente, aquéllos nunca estuvieron seguros sobre su propio método de trabajo. Podemos, no obstante, inferir que los datos últimos en que se apoyaban eran siempre los sentimientos y el comportamiento de sus conciudadanos. Esto se deduce de sus hábitos y costumbres de concertar tratos entre los sujetos, y en las expectativas del comportamiento ajeno sobre la base de estos acuerdos, o incluso a falta de acuerdos explícitos. Los jurisconsultos romanos englobaban estos datos en el concepto de «naturaleza de las cosas» y del no menos importante concepto de «lo que ordinariamente acontece». Su propia actitud hacia aquellos *datos* era tratar de interpretarlos para que sus propias reglas implícitas aparecieran. No fue, desde luego, una labor sencilla en muchos casos, especialmente cuando los antiguos usos y costumbres, como es evidente, iban cesando de forma gradual, y se iban creando otros nuevos, relativamente sin precedentes.

Fue tarea de los jurisconsultos desarrollar una norma que pudiera considerarse, en la medida de lo posible, como prolongación o analogía de una regla conocida, o por lo menos como una norma nueva encajable en las anteriores y que pudiera armonizarse coherentemente con las ya existentes. Según aquellos juristas, esta clase de interpretación de los datos era no sólo posible sino también susceptible de un procedimiento más o menos riguroso. De hecho, según ellos, siempre era posible realizar una especie de cálculo para averiguar las razones del comportamiento de las personas en sus relaciones mutuas y descubrir su lógica implícita. Es lo que los jurisconsultos romanos denominaban la *ratio* de dichas relaciones y de sus reglas implícitas. A esta *ratio* solían denominarla *natural* para designar que no dependía

de la voluntad arbitraria de nadie, y menos aún de la voluntad arbitraria de los juristas que intentaban descubrirla. Sólo en el caso de que un jurisconsulto romano se hallase perplejo respecto no tanto a la formulación de una norma jurídica sino a las razones en que apoyarla, se acogía a la autoridad de otro jurisconsulto que le hubiera precedido y que habría llegado a conclusiones análogas en semejante caso.

En ocasiones, de un modo bastante paradójico, recurría a invocar su propia autoridad en la materia, aunque era infrecuente. Lo que en relación a este concepto romano de la autoridad resulta digno de señalarse es que recurrir a él no entrañaba, por parte de los juristas, implicaciones místicas de índole alguna. Los jurisconsultos romanos no se remitían a ninguna especie de revelación divina para solventar correctamente una cuestión jurídica. Lo que con toda probabilidad daban por supuesto era una suerte de hipótesis de que su propia solución era correcta, aunque por el momento no pudiera demostrarse su validez. También en la historia de las matemáticas podemos percibir una actitud similar adoptada por algunos representantes máximos del pensamiento matemático. Existen teoremas, como el de Fermat, de los que desconocemos si sus presuntas demostraciones existieron realmente, o si en el futuro podrá efectivamente realizarse una demostración de los mismos. De un modo análogo, conceptos de capital importancia en las matemáticas modernas, como el de *función*, ideado por el italiano de nacimiento Lagrange, o el de *cálculo infinitesima*l, ideado por el alemán Leibnitz y el británico Newton, se emplearon al principio como resultados provisionales de razonamientos que no podían justificarse por completo, ya que las correspondientes demostraciones estaban aún por hacer.

Dicho con otras palabras: lo que los jurisconsultos romanos pensaban sobre su propio trabajo era que siempre, o casi siempre, podían reconstruir completamente tanto la lógica del comportamiento de sus propios ciudadanos como la lógica de las relaciones en dicho comportamiento. De modo semejante, los economistas modernos que estudian el comportamiento económico del hombre dan por supuesta la posibilidad de reconstruir tanto la racionalidad de este comportamiento como sus relaciones con las acciones de otros agentes económicos.

Examinemos ahora brevemente cuál fue la labor y la actitud de los juristas en épocas menos remotas. Durante la Edad Media, los juristas del Continente trataron de desarrollar normas jurídicas como lo habían hecho sus predecesores romanos. Tanto ellos como sus contemporáneos consideraron preferiblemente esta labor como actividad lógica, basada en una lógica fundamental implícita en los datos de dicha tarea.

Había, sin embargo, una diferencia capital entre la obra de unos y otros juristas. Antes de la introducción de los códigos, y durante la Edad Media y la Edad moderna, los juristas elaboraron sus normas jurídicas derivándolas de un tipo distinto de datos. En vez de considerar directamente como tales el comportamiento

de las gentes, estudiaron dicho comportamiento de un modo indirecto contemplando a sus contemporáneos a través del tamiz de un conjunto de normas ya desarrolladas antes por los propios romanos, y continuado en esa magna Biblia jurídica de los pueblos occidentales del Continente que fue el *Corpus Juris*, promulgado por el emperador Justiniano en la primera mitad del siglo VI. Así, los juristas de esa nueva era no interpretaban propiamente el comportamiento de sus conciudadanos, sino que, por el contrario, aplicaban los términos utilizados por los juristas romanos para entender ese comportamiento y para elaborar unas normas jurídicas que les fueran aplicables. Era, ciertamente, por parte de los nuevos juristas, una forma algo paradójica y bastante anacrónica de desarrollar normas legales para sus contemporáneos, pero funcionó; lo cual parece probar que la base lógica del comportamiento humano, dentro de lo que se denomina habitualmente el ámbito jurídico, no es tan contingente y casual como para circunscribirla humanamente a un período histórico determinado o a un determinado país del mundo.

No es mi tarea, llegados a este punto, tratar de explicar los motivos de ese procedimiento paradójico por parte de los juristas de la Edad Media y de épocas más modernas en los países europeos. Únicamente deseo poner de relieve, una vez más, que lo que hicieron aquellos hombres de leyes no fue exactamente lo que pretendían hacer. Lo que en realidad llevaron a cabo fue mucho más una interpretación del comportamiento de sus contemporáneos y su base lógica que de las palabras, y su significado, de sus predecesores romanos. Por otra parte, ya hemos señalado que dichos predecesores habían pretendido, a su vez, hacer algo distinto de lo que hicieron; esto es, interpretar las palabras —las cláusulas de una supuesta ley escrita (la de las Doce Tablas)— en lugar de los hechos —el comportamiento real de personas vivas—.

En esencia, los juristas medievales y modernos, de un lado, y los jurisconsultos romanos, de otro, hicieron todos lo mismo: interpretar el comportamiento de sus propios conciudadanos y reconstruir su propia base lógica y sus normas implícitas.

Echemos ahora un vistazo a esa otra categoría de «productores» del derecho que mencioné al principio: los jueces. El proceso de elaboración de la ley por medio de los jueces es probablemente tan antiguo como nuestra civilización occidental. Cuando Homero desea ilustrar en la *Odisea* la condición bárbara de los Cíclopes, afirma que carecían incluso de asambleas para adoptar decisiones colectivas e, igualmente, carecían de resoluciones judiciales. Los Cíclopes, como agrega Homero, vivían simplemente en sus casas con sus familias, sin poseer ningún tipo de sistema político o jurídico, como diríamos actualmente.

Probablemente, las resoluciones judiciales hayan sido, en realidad, la forma esencial de descubrir y explicitar muchas de las normas jurídicas que predominaban en la antigua Roma con anterioridad a la era de la legislación. Las resoluciones judiciales, una vez más, constituían en la antigua Roma una manera frecuente de

desentrañar normas jurídicas mediante el denominado *jus honorarium,* esto es, a través de las decisiones de la máxima autoridad judicial de los romanos: el Pretor. Este proceso de explicitar la ley a través de los juristas y el de explicitarla a través los jueces coexistieron con éxito en Roma durante varios siglos. No sólo no resultaban incompatibles, sino que incluso eran complementarios siempre que los ciudadanos adoptaban o demandaban nuevas normas jurídicas. El pretor no aspiraba a penetrar en el núcleo de la problemática suscitada posiblemente por las nuevas normas en lo tocante a su coherencia con las antiguas; pretendía sencillamente pronunciarse sobre detalles técnicos de procedimiento, siempre que de este modo se consiguiera el fin de que las nuevas normas se aceptaran y cumplieran. Esto constituía, en verdad, una especie de ardid al cual con probabilidad se veía inducido el pretor por el respeto que sentía tanto hacia las antiguas costumbres como hacia el trabajo profesional de los juristas. Lo mismo que los jueces romanos habían generado el derecho simulando ocuparse únicamente de tecnicismos de procedimiento, los jurisconsultos romanos lo habían generado de un modo enmascarado pretendiendo interpretar viejas palabras en vez de hechos nuevos. Los jueces griegos engendraron las leyes más abiertamente, como asimismo los jueces ingleses de las épocas medieval y moderna, aunque sabemos que al menos éstos fueron propensos a lo largo de su historia a emplear diversos tipos de ardides. Mas nuevamente lo que los jueces, tanto en Grecia como en Roma y en Inglaterra, tenían presente era el comportamiento de sus respectivos ciudadanos, su base lógica y el fundamento de sus relaciones. Todos ellos podían —y de hecho lo hicieron— recurrir a conceptos análogos a los de los jurisconsultos romanos, como el de «naturaleza de las cosas», cuyo significado usual era que los problemas con los que se enfrentaban no permitían maquinar soluciones a voluntad propia o libres de condicionamientos. Esto era lo que los jueces y los oradores griegos daban a entender cuando afirmaban que ellos seguían simplemente el dictamen de la diosa Themis o el del Oráculo de Delfos. Otro tanto insinuaba el pretor romano cuando pretendía únicamente ocuparte se detalles técnicos de procedimiento y no de la propia sustancia de la ley. Y lo mismo se puede afirmar de los jueces ingleses, quienes acostumbraban hablar de la ley de la tierra como algo superior a su propia y arbitraria elección.

Hemos señalado una semejanza básica entre ambas formas de producir la ley: la de los juristas y la de los jueces. Pasemos, pues, a examinar más a fondo las relaciones entre los *datos* de su labor y la labor misma. Como tales relaciones no resultan fáciles de escrutar, no debe sorprendernos que las opiniones de los estudiosos difieran ampliamente desde varios puntos de vista. Los teóricos han formulado y defendido dos concepciones principales de dichas relaciones.

Según una de estas concepciones, representada principalmente por el ya mencionado Savigny, los intérpretes de la ley desempeñan una tarea en su mayor parte pasiva y receptiva: la de reflejar los usos y costumbres de la gente

describiéndolos con su propio lenguaje, lo mismo que un físico describiría en el lenguaje de su ciencia las relaciones entre las fuerzas físicas. Según esta teoría, no existiría reacción especial alguna sobre los mismos usos y costumbres a consecuencia de la labor de los intérpretes profesionales; en otras palabras, éstos no influirían con su labor sobre los usos y costumbres. Serían como tuberías de un líquido al que no alteraran. Para que resulten eficientes, por supuesto las tuberías deben ser de buen material y estar construidas de un modo conveniente. A semejanza de éstas, los intérpretes profesionales de la ley serían doctos, hábiles y cualificados, pero, según esta teoría, producen fundamentalmente la ley en el sentido de que la escudriñan con atención.

La teoría contraria sostiene que los usos y costumbres se derivarían de la labor de juristas y jueces. Algunos eruditos, como Maine en su conocido libro *Ancient Law*, mantienen por ejemplo que eso fue lo que sucedió con los antiguos griegos, cuyas costumbres habrían sido creadas por las resoluciones de sus jueces. Otro erudito, el francés Lambert, ha hecho hincapié en la llamada fuerza creativa de la jurisprudencia, esto es, de las resoluciones judiciales, que serían un elemento esencial del derecho, y uno de sus medios más fecundos. Una teoría intermedia, desarrollada por Erlich, sostiene que es preciso diferenciar claramente entre las normas jurídicas aplicadas por los tribunales, de un lado, y las disposiciones legales existentes en la sociedad, de otro.

En consecuencia, la función del intérprete sería doble: por una parte, averiguar las convicciones jurídicas existentes en el seno de la comunidad, a fin de describirlas, y por otra, construir generalizaciones uniformes que reflejen tales convicciones, con la finalidad de aplicarlas en todos los casos. Esta última función entraña aspectos técnicos que han de diferenciarse de las convicciones y la consciencia de las personas. Precisamente para esta última función, deberíamos distinguir entre el derecho jurisprudencial y el derecho popular, y deberíamos reconocer que, si bien el derecho jurisprudencial emana del derecho popular, podría reaccionar sobre éste último. Mas todas las teorías —con independencia de su énfasis sobre los usos y costumbres, de una parte, y las técnicas y generalizaciones de los juristas, de otra— por lo general reconocen que no existiría derecho jurisprudencial ni derecho judicial alguno sin los puntos en común de las costumbres de la gente, de sus hábitos y de sus convicciones. Hasta Lambert, quien fue uno de los defensores más firmes de la teoría de que el derecho jurisprudencial influye poderosamente sobre los usos y costumbres de la gente, admitió que dicha teoría, después de todo, es una especie de cristalización en normas de lo que los antiguos romanos y los canonistas de la Iglesia Católica Romana hubiesen llamado el común asentimiento de aquellos a quienes afecta (*communis consensus utentium*). Ambas teorías opuestas pueden recurrir a diversos ejemplos históricos en que sustentar sus propias conclusiones. Aunque no es cierto que la costumbre sea algo resultante de una larga serie de juicios en la Antigua Grecia, como Maine sostenía, sí es verdad que los juicios

influyeron muy probablemente en la costumbre durante el periodo histórico de la civilización griega previo a la aparición del derecho escrito. Aunque no es cierto que quienes viven en países basados en el derecho consuetudinario y en el derecho judicial, como Inglaterra, adapten sencillamente su propia conducta a las decisiones de los jueces por conformidad forzosa, como sostenía Lambert, sí es cierto que la historia de la *common law* en Inglaterra revela la decisiva influencia que sobre la misma ejercieron las fuertes personalidades de algunos juristas y jueces, e incluso ciertos decretos del Parlamento que actualmente nos resulta difícil documentar.

La historia nunca es sencilla y nunca se adapta del todo a las teorías coherentes. Pero existe una buena razón por la que debiéramos, creo yo, tomar muy en serio la opinión sostenida por Savigny de que no son los juristas quienes crean las leyes del pueblo, sino que es el propio pueblo quien crea a los juristas. Como un distinguido estudioso contemporáneo hizo notar a este respecto, sea cual fuere la importancia y la influencia de sus intérpretes, no sólo existe una ley que surge de la comunidad, sino que el mejor intérprete concebible sólo puede actuar con materiales «que su propio entorno se digne proporcionarle, y sólo puede expresarlo en un lenguaje y respecto a ciertas cosas que sean inteligibles para las mentalidades contemporáneas». Asimismo deberíamos recordar a este respecto una de las comparaciones más sugestivas efectuadas por Savigny en su famoso ensayo sobre la vocación de nuestra época por la legislación y la jurisprudencia: la comparación entre el derecho y el lenguaje. El derecho, dice, lo mismo que el lenguaje, es una expresión espontánea de las mentalidades de las personas a quienes atañe. Yo añadiría que los gramáticos pueden ejercer una gran influencia sobre el lenguaje, y las normas que desarrollan es muy posible que reaccionen sobre la costumbre lingüística de su país, pero los gramáticos no pueden crear un lenguaje; simplemente, se les otorga. Quienes crean lenguajes por lo general fracasan. Los lenguajes preconcebidos no dan resultado, al margen de su supuesta utilidad como formas sencillas y posiblemente universales de comunicación entre personas distintas. Sólo la gente medianamente ilustrada puede depositar su confianza en las tentativas realizadas para introducir el Esperanto o lenguajes análogos como medios universales preconcebidos de comunicación. De lo que carecen estos lenguajes propuestos es de personas que les apoyen. De igual modo, no podría crearse una ley universal, o incluso una ley particular, si no existiera gente que la apoyase con sus convicciones, sentimientos y costumbres. La ley, como el lenguaje, no es un artilugio que un hombre pueda inventar a voluntad. Desde luego, puede intentarse. Pero según toda la experiencia que hemos acumulado, podrá únicamente obtener éxito dentro de unos confines muy angostos, o no alcanzarlo en absoluto.

[Ir a tabla de contenidos]

3. El enfoque económico de lo político

Ya he manifestado durante estas conferencias que carecemos aún de estudios

dignos de mención sobre la naturaleza del proceso de elaboración del derecho en comparación con la naturaleza del proceso de mercado. Sin embargo, esta afirmación precisa de alguna matización. En estos últimos años han aparecido algunos estudios con el propósito de comparar la elección de mercado, por una parte, y la elección política mediante el voto, por otra. El propio derecho puede concebirse como objeto de elección, esto es, de elección política. En la medida en que identificamos derecho con legislación, podemos sacar partido de los recientes estudios mencionados con la finalidad de trazar una comparación entre el mercado y el derecho así concebido.

La perspectiva habitual de las teorías sobre la toma de decisiones y opciones es de índole individualista. Por lo general se admite, al menos de forma implícita, que toda decisión debe ser decisión de alguien. Mas los teóricos son además conscientes de que las decisiones de los individuos no sólo son *competitivas* (como cuando ambicionan algo para sí mismos), sino también *cooperativas* (como cuando tratan de alcanzar una sola decisión para todo un grupo). A estas decisiones cooperativas algunos autores las llaman «decisiones de grupo» e intentan desarrollar sistemas especiales que capaciten a individuos diferentes (aplicando, de un modo independiente, los procedimientos estandard del sistema a un conjunto dado de datos) para mostrarse en esencia con las mismas conclusiones y, posiblemente, con las mismas decisiones. Sin embargo, los propios autores reconocen que la validez de su sistema aún debe ser confirmada, cuando menos para decisiones de grupo más allá de los límites del mundo científico. Es una lástima (como afirma uno de ellos), ya que hasta el momento sólo se han inventado muy escasos y sólo cuestionables mecanismos para otras decisiones de grupo; por ejemplo, procedimientos de votación (como la regla de la mayoría) y la negociación o *regateo verbal*. De hecho, se reconoce que las urnas electorales «funcionan (únicamente) cuando las decisiones son relativamente no-técnicas, y cuando la lealtad del grupo es lo bastante fuerte para que los votantes de la minoría estén dispuestos a permanecer en su seno y acepten la decisión mayoritaria».[114] Por otro lado, el regateo verbal, que puede, desde luego, desarrollarse conjuntamente con los procedimientos de votación, está sometido a serias restricciones.

Creo, sin embargo, que la decisión de grupo, en calidad de decisión cooperativa de un número de individuos de acuerdo con cierto procedimiento, es para el experto en ciencias políticas una idea al mismo tiempo comprensible y provechosa, sin que ello signifique que debamos equiparar la decisión de grupo y la decisión *política*. Probablemente no podemos excluir a algunos agentes individuales, cuyas decisiones Max Weber llamaría «monocráticas»; tampoco podemos afirmar que todas las decisiones de grupo sean políticas. Los consejos de administración de las sociedades mercantiles llevan a cabo decisiones de grupo que no podríamos calificar de políticas en el sentido ordinario. Así, pues, hemos de ser cautelosos en mostrarnos de acuerdo con el profesor Duncan Black cuando habla de su teoría de

las decisiones de comités como decisiones políticas sin más.[115]

Pero es claro que muchas decisiones que habitualmente denominamos «políticas», como las referentes a elecciones o a organismos administrativos o ejecutivos, asambleas legislativas, etc., son verdaderamente decisiones de grupo o decisiones cooperativas en el sentido indicado por Bross de *decisiones individuales logradas por varios individuos para todo un grupo*.

Llegados a este punto, debemos observar que la perspectiva individualista parece haberse modificado un poco cuando hablamos de decisiones de grupo. La decisión de un «grupo entero» puede ser o puede no ser la misma que efectuaría cada individuo que lo integra si se hallase en situación de decidir por todo el grupo. Me pregunto si ocurriría otro tanto dentro del mundo científico mencionado por Bross... Pero tal es el caso siempre que no existe unanimidad entre las decisiones de los diversos miembros que integran un grupo, y tal falta de unanimidad en los grupos es la regla más que la excepción: de ordinario, las decisiones de grupo no concuerdan con cada decisión individual adoptada en el seno del mismo.

Este hecho nos ayuda a explicar el atractivo de esas interpretaciones semi-místicas o semi-filosóficas en las cuales las colectividades, caso por ejemplo del Estado, se conciben como entidades independientes que toman decisiones como si se tratara de individuos.[116] Creo, sin embargo, que no es necesario apelar a semejante idea de una «persona inaccesible» con la que «no se puede tratar» (como diría la señorita MacDonald) para analizar las consecuencias de la falta de unanimidad en los grupos.[117]

Pero cuando las decisiones políticas son decisiones de grupo, debemos tener en cuenta dicha falta de unanimidad; y el procedimiento habitual para ello es votar conforme al principio mayoritario. En realidad, muchas decisiones políticas se realizan de este modo. Son, por tanto, diferentes de las elecciones individuales del mercado, donde no se precisa de procedimientos de votación para adquirir géneros. El hecho, sin embargo, de que votar implique la elección individual ha llevado a algunos estudiosos a comparar la elección individual en la votación política y en el mercado: en efecto, se ha dicho que «una parte sustancial del análisis resultará intuitivamente familiar a todos los expertos en ciencias sociales, ya que constituye la base de gran parte tanto de la teoría política como de la económica».[118]

Todos los rasgos distintivos del proceso de elección parecen hallarse presentes tanto en las decisiones de grupo como en las individuales: jerarquía de valores, valoraciones de probabilidades, cálculos de expectativas, elección de estrategias, etc. Se afirma que la votación se parece a la elección de mercado, y el propio mercado se concibe (sin mucho fundamento) como un gran grupo de decisión donde todos votan mediante la compra o venta de mercancías, servicios, etc. Basándose en estas analogías, Duncan Black ha llegado incluso a considerar su teoría de los

comités como una «teoría general de la elección económica y política». Así concebidas, ambas ciencias «constituyen realmente dos ramas de la misma materia... Cada una de ellas se refiere a algún tipo de elección..., [hace] uso del mismo lenguaje, del mismo modo de abstracción, de los mismos instrumentos de pensamiento y de los mismos métodos de razonamiento.»

Es decir, en ambas ciencias el individuo se halla representado por su escala de preferencias, y ambas dejan realmente al margen hechos tecnológicos. Pese a que hay una diferencia en el grado de conocimiento del resultado de las diversas líneas de actuación que podrían elegirse, siendo a menudo este conocimiento superior en la economía que en la política, no habría en principio diferencia «entre las estimaciones económicas y las políticas que la gente puede realizar». Además (según Black), el mismo instrumento es común a ambas ciencias: *el concepto de equilibrio.* [119]

También según Black, en la economía «si bien esta concepción ha sido tratada de manera diferente por distintos autores», la idea fundamental ha sido siempre que el equilibrio se obtiene igualando la oferta y la demanda. «En la ciencia política, las mociones ante una comisión ocupan en cierto orden definido el lugar de las escalas de preferencias de los miembros. El equilibrio se alcanzará a través de una moción seleccionada como decisión de la comisión mediante la votación. La fuerza impulsora hacia la selección de una determinada moción la constituirá el rango en que los programas de los miembros, considerados como un grupo, la tengan en una estima superior a las otras...» Black reconoce que existen obstáculos que dificultan este proceso, siendo uno de ellos la particularidad del procedimiento empleado por la comisión, ya que puede demostrarse que con un grupo dado de programas «un procedimiento seleccionará una moción determinada; otro procedimiento diferente seleccionará otra». Este hecho no impide a Black llegar a la conclusión de que si bien cada ciencia utiliza una definición de equilibrio distinta, «los conceptos subyacentes son idénticos en el fondo». Si la definición de equilibrio se refiere a la igualdad entre oferta y demanda, los fenómenos serán de naturaleza económica; si se refiere al equilibrio logrado mediante la votación, serán de naturaleza política, y el modelo más usual de teoría del equilibrio en ambas ciencias «se formularía en términos matemáticos». La teoría pura nos capacitaría para calcular los efectos de cualquier cambio dado en las circunstancias políticas. Se examinaría el estado inicial de equilibrio, antes de introducir el cambio; y cuando los datos hubiesen variado al introducir éste, el nuevo estado de equilibrio ofrecería los efectos del cambio político en cuestión. «El método empleado para descubrir los efectos de semejante cambio político es un método tan familiar dentro de la economía como el de la estática comparativa.»

Me ocupé de las teorías de Black en mis lecciones de Teoría del Estado en la Universidad de Pavía en los años 1953 y 1954, y posteriormente resulté gratamente

sorprendido al constatar que algunas de las críticas que yo había formulado habían sido desarrolladas independientemente por Buchanan en su artículo, publicado en 1954, sobre «Individual Choices in Voting and the Market». En aquel tiempo Buchanan se hallaba interesado por el problema general de comparar las elecciones de mercado y las votaciones políticas, no en los términos habituales de la eficiencia relativa de la adopción de decisiones centralizada y descentralizada, sino en términos de una comprensión más plena del comportamiento individual en ambos procesos. Aunque no mencionó la teoría de Black, tal vez porque entonces la desconocía, Buchanan logró probar que existen diferencias sustanciales entre la elección de mercado y la elección de voto, y que la analogía del dicho popular «un dólar, un voto» es cierta sólo en parte. En la elección de mercado, el individuo es la entidad electora, además de la entidad para la cual se llevan a efecto dichas elecciones, mientras que en la votación (por lo menos en lo que solemos denominar votación política), aunque el individuo es la entidad que actúa o elige, la colectividad de todos los individuos restantes es la entidad para quien se efectúan las elecciones. Más aún: la acción de elegir en el mercado y sus consecuencias mantienen una exacta correspondencia, mientras que el votante nunca puede predecir con certeza cuál de las alternativas presentadas resultará elegida.

Buchanan señaló otras diferencias esenciales entre ambos procesos. El individuo que elige en el mercado «tiende a obrar como si todas las variables sociales estuvieran determinadas al margen de su proceder, mientras que, por el contrario, el individuo en el centro electoral reconoce que su voto resulta influyente para determinar la elección colectiva final.» Por otra parte, «puesto que la votación implica una elección colectiva, la responsabilidad de tomar cualquier decisión colectiva o social se halla inevitablemente dividida, sin que exista ningún beneficio o coste tangible imputable directamente al elector a propósito de su elección personal.» El resultado es, con toda probabilidad, una consideración menos precisa y menos objetiva de los costes alternativos que la que se verifica en la mente de aquellos individuos que eligen en el mercado. Buchanan puso de relieve una diferencia ulterior y de mayor trascendencia casi en los mismos términos que yo empleé en las mencionadas lecciones: «Las alternativas de la elección de mercado normalmente sólo están reñidas en el sentido de que se aplica la ley del rendimiento decreciente... Si un individuo desea más de ciertas mercancías o servicios concretos, por lo regular el mercado le exige únicamente que tome menos de otros.» Por el contrario, «las alternativas de la elección de voto son más excluyentes», es decir, la opción por una hace imposible la opción por otra. Las elecciones de grupo, en lo que respecta a los individuos que a él pertenecen, propenden a ser «mutuamente excluyentes por la misma naturaleza de las alternativas», que son por lo regular (como reconoció Buchanan en 1954) de la «variedad de todo o nada». Ello es consecuencia no sólo de la pobreza de los esquemas adoptados y adoptables habitualmente para la distribución de la fuerza electoral, sino también de que (como

Buchanan y yo sostuvimos en 1954) muchas alternativas que solemos llamar políticas no permiten esas combinaciones o soluciones mixtas que hacen que las elecciones realizadas en el mercado sean tan articuladas en comparación con las elecciones políticas. Una consecuencia importante es que en el mercado el voto del dólar siempre tiene un valor. Como escribe Mises, el individuo nunca se halla en la situación de una minoría disidente: «...en el mercado ningún voto se emite en vano»,[120] por lo menos en lo que respecta a las alternativas existentes o potenciales de dicho mercado. En otras palabras, el voto implica una posible coacción que no se da en el mercado. El votante únicamente elige entre alternativas potenciales: «Puede perder su voto y verse obligado a aceptar [cito de nuevo a Buchanan] un resultado contrario a su preferencia expresada.»

Podemos observar que no existe coherencia alguna (en el sentido indicado) entre las elecciones de los votantes individuales y las decisiones de grupo resultantes cuando aquéllos se hallan en el bando perdedor. El votante que pierde efectúa inicialmente una elección, pero debe, a la postre, aceptar otra que había previamente rechazado. Su proceso decisorio individual ha sido, pues, subvertido. Es cierto que en el bando ganador puede percibirse coherencia entre las elecciones individuales y las del grupo; mas difícilmente podemos hablar de una coherencia de todo el proceso de las decisiones de grupo del mismo modo que podemos hacerlo en un proceso decisorio individual. Y quizá podamos ir más lejos y dudar de si tiene algún sentido —cualquiera que sea— hablar de racionalidad en este proceso de votación, a no ser que sencillamente nos refiramos a la conformidad con las reglas establecidas para los procedimientos de decisión. Dicho de otro modo: probablemente tendríamos que hablar mejor de procedimiento que de proceso. Cuando no puede encontrarse un proceso plenamente coherente de elección, es posible que el procedimiento coherente sea el menos malo. A algunos estudiosos, una comparación real entre ambos tipos de coherencia les ha parecido tan desprovista de sentido como tratar de averiguar «si un cerdo es más gordo que alta es una jirafa».[121]

Otra conclusión a extraer de lo que antes dijimos es que el concepto de equilibrio puede utilizarse sólo de maneras diferentes en la economía y en la política. En la economía, el equilibrio se define como igualdad entre oferta y demanda, una igualdad comprensible cuando el elector individual puede expresar claramente su elección a fin de permitir a cada uno de los billetes de dólar votar con éxito. Pero ¿qué clase de igualdad entre oferta y demanda para leyes y normas puede haber en política, donde el individuo acaso pierda su voto, y donde puede pedir pan y recibir una piedra?

No obstante, existe aún la posibilidad de utilizar el término «equilibrio» en política siempre que uno pueda imaginar que todos los individuos pertenecientes a un grupo se muestren unánimes en tomar una decisión. Como en cierta ocasión dijo

Rousseau, cabe concebir una comunidad como «unánime » en la medida en que al menos sus miembros convengan en someterse a la voluntad mayoritaria. Significa esto que siempre que se produce una decisión de grupo, los miembros individuales del mismo están unánimemente convencidos de que una mala decisión es mejor que ninguna, o, por expresarlo con mayor propiedad, que una decisión colectiva que un miembro del grupo considera mala es mejor que ninguna. El acuerdo unánime no requiere procedimiento especial alguno para que la decisión tomada sea adoptada por los miembros del grupo. Una decisión de grupo —cuando ha sido convenida por unanimidad— puede considerarse tan coherente como cualquier otra tomada en el mercado por el elector individual. Así, llegados a este punto, da la impresión de que nos enfrentamos con el mismo tipo de cerdo que en la economía, y cobra por ello sentido preguntarse si este cerdo «político» es más gordo que el «económico». Estas últimas consideraciones pueden conducirnos —y en realidad lo hicieron, de manera independiente, en el artículo que cité más arriba, en las conferencias que pronuncié en Claremont, California, en el año 1958 (las cuales se convirtieron en *La libertad y la ley*) y en la reciente obra del profesor Buchanan *The Calculus of Consent*,[122] editada en colaboración con Gordon Tullock— a poner nuevamente de relieve, y con bastante firmeza, ciertas posibles semejanzas entre las decisiones económicas y las políticas.

Si cabe concebir una comunidad como «unánime» en la medida en que sus miembros convengan al menos en someterse a cierto tipo de mayoría o, por decirlo en términos más generales, a cierto tipo de voluntad inferior a la unánime, la semejanza entre las decisiones políticas unánimes y las decisiones económicas reaparece a un nivel más alto. La gente no decide aún ninguna medida política concreta, sino primeramente cuáles son las reglas a adoptar en cualquier decisión política, esto es, en el juego político.

En realidad, la elección de las reglas del juego político podría deberse a un proceso tan racional y tan libre como el que se traduce en cualquier otra elección en el ámbito del mercado. En este nivel superior, la gente puede comparar los beneficios y los costes relativos a cualquier regla por la que opte para efectuar decisiones políticas. Puede, por ejemplo, decidir que, en ciertos casos, determinadas reglas serán más adoptables que otras y, concretamente, que las reglas de unanimidad o las reglas de la mayoría cualificada resultarán más convenientes que otras para proteger a los individuos potencialmente disidentes de posibles efectos nocivos de la acción coactiva de las mayorías que deciden.

La comparación, a este respecto, entre la acción política y la económica no se limita, sin embargo, al nivel de la elección de las reglas generales para efectuar decisiones. Resulta un indudable mérito de Tullock y de Buchanan haber extendido, en fecha reciente, su análisis a las decisiones políticas ordinarias, también bajo el supuesto de que éstas se toman de conformidad con reglas de procedimiento (que

ellos llaman normas «constitucionales ») acordadas unánimemente por los miembros del grupo político en cuestión. Un rasgo característico de este análisis es el reconocimiento del hecho de que el comercio del voto (o intercambio de favores políticos) se verifica con mucha frecuencia en el proceso político real, y el reconocimiento correspondiente de que el comercio del voto, en determinadas circunstancias, debería ser considerado beneficioso para todos los miembros del colectivo político, de igual forma que el comercio de bienes y servicios ordinarios ha sido considerado, por los padres de la economía, beneficioso para todos los miembros de la comunidad donde se ha adoptado el sistema de mercado. Además, las condiciones en las cuales el comercio del voto podría resultar beneficioso para todos los miembros de la comunidad política son análogas a las condiciones en que el comercio habitual de bienes y servicios resulta provechoso; es decir, en las condiciones en que uno o más miembros de la comunidad no pueden establecer monopolio ni contubernio alguno con la finalidad de explotar a los demás.

Los miembros de un grupo político, «traficando» con sus votos a través de un proceso largo y continuo de negociación hasta alcanzar un acuerdo unánime, se enfrentan con diversas opciones posibles y pueden impedir a cualquier coalición de miembros del mismo tomar decisiones que puedan ser perjudiciales para los restantes. La situación resultante sería un acuerdo general similar al que posibilita un mercado competitivo eficiente. Esta teoría se presenta como descriptiva además de normativa, según el modelo habitual de las modernas teorías sobre la elección.

Con todo, cabe preguntarse hasta dónde puede llegar semejante análisis asimilando las decisiones políticas a las económicas desde este punto de vista. Me propongo, pues, examinar aquí los límites de un concepto que admite el comercio del voto en la política, dando sencillamente por sentado que la votación significa, exclusivamente, un modo de garantizar al individuo a quien afecta algunas ventajas de acuerdo con cierta escala de valores aceptada privadamente.

En primer lugar, deseo sugerir una reconsideración de un probable punto débil en este por lo demás hábil e interesante análisis de las posibles semejanzas entre las decisiones políticas y económicas. A mi entender, este análisis, en la forma en que lo adoptan los autores en el actual estadio de su trabajo, revela cierta carencia de definiciones preliminares y precisas relativas a algunos de sus conceptos básicos. Distinguen, por una parte, la elección «política» o «colectiva» y, por otra, la elección «privada» o «voluntaria». Según la teoría, las elecciones privadas pueden ser individualistas o cooperativas; a su vez, las elecciones cooperativas, por un lado, y las elecciones colectivas, por otro, se consideran siempre, bastante atinadamente, como distintas en su género, aun cuando parezcan ser semejantes. Pero, a menos que me halle equivocado, en esta teoría la acción «colectiva» nunca se define satisfactoria o explícitamente. La razón de esta debilidad de un análisis por lo demás preciso y penetrante es probablemente de índole psicológica. Toda la teoría se halla

basada en un criterio individualista con el que estoy plenamente de acuerdo; sin embargo, cuanto más tratan de subrayar sus autores el papel que en una comunidad política desempeña el asentimiento voluntario, tanto a nivel «constitucional» como a nivel ordinario, menos parecen inclinarse a reconocer abiertamente (aunque implícitamente lo admiten) que lo que en el nivel individualista hace que una decisión «colectiva» sea en efecto «colectiva » y no simplemente «cooperativa» es el hecho de que aquélla, en último término, es siempre susceptible de ser impuesta a todos los miembros del grupo, sin reparar en su actitud individual concreta hacia tal decisión en cualquier momento dado. Y las decisiones que pueden imponerse son, en definitiva, decisiones coactivas. Mientras que la coacción es algo que los economistas nunca precisan tener en cuenta cuando se interesan por los bienes y servicios que se ofrecen o demandan voluntariamente en el mercado, dicha coacción no puede menos de tenerse en cuenta cuando se pasa del mercado a la escena política.

A propósito de su vacilación en reconocer abiertamente la importancia del concepto de «coacción» (sea cual fuere su significado) en su análisis de la política, los autores de la teoría rechazan explícitamente cualquier planteamiento de poder con respecto a los problemas a los que se enfrentan al tratar de decisiones políticas. Dan por sentado que tal enfoque es irremediablemente contradictorio con el planteamiento económico. Apelan al argumento de que si bien pueden maximizarse simultáneamente, mediante el intercambio económico, las utilidades del vendedor y del comprador en el mercado, con el resultado de una ganancia neta para ambos, no ocurre lo mismo cuando se intenta maximizar el poder individual. No se puede maximizar al mismo tiempo los poderes del ganador y del perdedor en la lucha por el poder.

Ya dije en otra ocasión que esta comparación, aunque aceptada como evidente por varios economistas, no se expone de un modo conveniente. Yo no compararía poder y utilidad. El poder, como los bienes y servicios que estudian los economistas, posee su propia utilidad para el individuo interesado. Mas no es ésta la única semejanza entre el poder y los bienes y servicios: también puede hablarse de intercambio de poder en el mismo sentido en que se habla de intercambio de bienes y servicios. Y ese intercambio de poder puede convertirse en una maximización de utilidades para los individuos que participan en el mismo. Así, por ejemplo, si yo les concedo a ustedes poder para impedir que yo les cause daño, a condición de que ustedes me concedan un poder análogo para impedir que ustedes me causen daño a mí, ambas partes hemos ganado tras este intercambio, y lo hemos hecho precisamente en términos de utilidades. Es decir, ambas partes hemos maximizado la utilidad de nuestro respectivo poder. (Evidentemente, una maximización semejante ocurre cuando dos o más individuos acuerdan unir sus poderes a fin de impedir que otros les perjudiquen.)

Creo que puede afirmarse que la comunidad política surge precisamente cuando se verifica este intercambio de poderes, que es previo a cualquier otro, sea de mercancías o de servicios. A decir verdad, el enfoque o aproximación del poder no constituye una invención reciente de los expertos en ciencias políticas. Podemos encontrarlo ya en la literatura política clásica, y toda la teoría aristotélica de la política puede considerarse como basada, en alto grado, en tal enfoque. En efecto, Aristóteles reconoció al principio mismo de su tratado sobre la Política que existen hombres que están destinados por naturaleza a tener poder sobre otros (*arjoi*) y hombres destinados también por la naturaleza a estar sometidos al poder de otros (*arjomenoi*). En la teoría aristotélica existe un reconocimiento explícito del beneficio que tanto los *arjoi* como los *arjomenoi* obtienen de su cooperación, si bien Aristóteles no ve claramente que toda colaboración entre ambas clases de sujetos entraña siempre la existencia de algunos poderes mínimos (al menos negativos) garantizados a los *arjomenoi* como una especie de compensación por los poderes más evidentes y positivos concedidos a los *arjoi*.

Esta manera de considerar la cuestión no excluiría en absoluto el enfoque económico, reconciliándolo con un enfoque (esto es, el enfoque del poder) que hoy encuentra crecientes simpatías entre los expertos en ciencias políticas.

Creo, sin embargo, que existen ciertos límites en esta concepción comercial del voto político que sostiene explícitamente que la votación significa sencillamente un modo de garantizar ciertas utilidades a los afectados, e implica que tales utilidades son de índole semejante a las que obtienen los individuos en el mercado.

1) Hemos visto que los autores de esta teoría suponen que no siempre el comercio del voto es beneficioso. Insisten en la necesidad de que se cumplan, según las reglas de Pareto bajo las cuales tal comercio podría ser realmente beneficioso para todos los miembros de la comunidad interesada, aquellas condiciones que imposibiliten el que uno o varios miembros de la comunidad constituyan un monopolio o conspiración para satisfacer sus «siniestros intereses» a costa de algunos o de todos los demás miembros.

Estas condiciones restrictivas no son, sin embargo, las únicas que debiéramos tener presentes. En primer lugar, existe un estadio en que ningún comercio del voto tendría sentido, esto es, el estadio constitucional. Según los autores de la teoría, es en este momento cuando deben establecerse las normas más idóneas para llevar a cabo con éxito cualquier tipo de decisiones, incluso las que deben alcanzarse mediante negociaciones semejantes a las que se producen en el comercio del voto. El motivo por el cual no tendría ningún sentido, en este estadio, el comercio del voto no es únicamente porque no dispongamos aún de norma de procedimiento alguna con arreglo a la cual votar. Existe una razón más poderosa todavía. El proceso de establecer unas reglas es de naturaleza teórica. Hay, por supuesto, formas útiles de fijar tales reglas, pero no es posible intercambiar sus utilidades,

como si se tratara sólo de utilidades propias, con las utilidades de otras formas de fijar idénticas reglas, como si estas últimas utilidades perteneciesen sólo a otras personas. No tiene sentido negociar cuando se trata de conocer cuál es la suma de 2+2, o cuál es, en la geometría euclidiana, el cuadrado de la hipotenusa de un triángulo rectángulo.

Por expresarlo en términos más generales, no hay base racional para negociar o comerciar cuando de lo que se trata es de establecer la veracidad de un juicio referente al tema que sea. Los argumentos que conducen a una conclusión correcta no se pueden vender.

Si bien los autores de la teoría dan por sentado, al menos implícitamente, que el comercio del voto no es razonablemente posible en el estadio constitucional, parecen desdeñar la posibilidad de que, en un estadio inferior al constitucional, la votación puede ser un proceso por medio del cual los miembros de una comunidad política podrían emitir juicios de veracidad al margen de su interés personal en el asunto en cuestión. Si realmente es así, la negociación y el comercio del voto serían tan irracionales como lo son en el estadio constitucional.

Podemos imaginar diversos casos en los que se pida a los votantes que emitan juicios de veracidad al margen de sus propios intereses personales. Si, por ejemplo, suponemos que el jurado es una institución política, y que por lo tanto sus miembros emiten mediante el voto una decisión política, no se puede sostener que actuarían racionalmente si intercambiaran sus votos con otros miembros del jurado, de acuerdo con sus personales conveniencias. Naturalmente, podemos concebir que ciertos miembros corruptos de un jurado sean sobornados por gente interesada en su decisión. Podemos calificar su comercio del voto de «racional» aunque muy censurable desde un punto de vista ético. Pero no ocurre así si suponemos que los miembros de un jurado actuarán al margen de todo posible soborno. El comercio del voto aparecería entonces simplemente irracional desde cualquier punto de vista. Análogas consideraciones pueden aplicarse a cualquier otro tipo de juicios de veracidad que emitan los miembros de una comunidad política mediante el proceso de votación.

Ciertamente, los autores de la teoría pueden replicar con razón que la votación no es el procedimiento indicado para obtener conclusiones sólidas respecto a una verdad objetiva, y que, por consiguiente, pretender hacerlo en el ámbito político corre el riesgo de ser un puro espejismo. Aun así, existen situaciones en las que los juicios de veracidad formulados por los votantes son útiles para conocer sus posibles opiniones acerca de una cuestión política determinada. En tales casos, el procedimiento de votación puede constituir la fórmula más apropiada para averiguar con precisión cuáles son dichas opiniones, prescindiendo de que estas opiniones puedan ser verdaderas o falsas según un criterio científico. Es claro que no se trata aquí de ningún comercio de votos.

2) Acaso sea razonable sospechar que la aplicabilidad del modelo del comercio del voto se ve restringida siempre que surgen diferencias entre la elección individual en el distrito electoral y en el mercado competitivo, diferencias que son lo suficientemente notables como para obligarnos a desdeñar las semejanzas existentes. Por ejemplo, a) el hecho, ya señalado, de que existe una mayor incertidumbre y en general un mayor desconocimiento de los costes y beneficios presentes en el proceso de elegir mediante el voto que en el proceso de comprar o vender en el mercado hace mucho más difícil comerciar con votos que comerciar con bienes y servicios. Por otra parte, b) el comercio del voto parece ser irremediablemente menos beneficioso que el comercio regular del mercado, ya que el votante asume con su elección una responsabilidad mucho menor que cualquier agente del mercado. Mientras que los agentes económicos que fracasan son excluidos del mercado y sustituidos por otros más afortunados, nada parecido acontece en el escenario político, donde los votantes que fracasan no son eliminados para dejar el lugar a otros posibles votantes con más suerte, como acontece con los que triunfan en el mercado. Podría replicarse que en el proceso político los votantes fracasados pueden verse obligados a abandonar la escena como tales si de algún modo permiten que un tirano acabe con la democracia. Pero este hecho, lejos de constituir una prueba aceptable en favor de las semejanzas entre los votantes fracasados y los agentes del mercado sin éxito, nos obliga a reconocer una diferencia sustancial entre unos y otros. En el caso de los votantes sin éxito eliminados por un tirano, todos y cada uno de ellos se ven excluidos de la escena política en cuanto votantes, incluso los potencialmente exitosos, con lo que la situación resultante no es una selección de los mejores votantes, sino la ruina final de una comunidad política basada en el sistema electoral. c) Una restricción similar a la limitación del modelo del comercio del voto parece surgir allí donde las soluciones políticas alternativas son más excluyentes que las que se ofrecen a los individuos en el mercado. El comercio del voto en presencia de dos soluciones que se excluyen mutuamente es parecido al comercio de bienes y servicios en una situación en que el oligopolio o el oligopsonio dominen el mercado, es decir, en una situación en que los precios de mercado tienen menos probabilidad de emerger que en otra en la que domine la competencia. Finalmente, d) debe advertirse que, aun cuando los inconvenientes que hemos subrayado se verifican bajo cualquier norma de mayoría o minoría, la relación entre la acción colectiva tomada bajo la regla de unanimidad por un lado, y la actuación puramente voluntaria, cual ocurre en el mercado, por otro, no es tan estrecha como probablemente les parece a los autores de la teoría. En el caso de unanimidad, un votante cuya aceptación es imprescindible a todos los demás votantes para efectuar una decisión de grupo sólo hasta cierto punto es equiparable a un individuo cuyo asentimiento es indispensable a quienes en el mercado desean comprarle o venderle bienes o servicios. Ninguno de los dos se halla obligado a aceptar las decisiones de los demás sin su propia

aprobación. Ahora bien, esta aprobación es una condición necesaria pero no suficiente para que exista un mercado competitivo.

De hecho, el votante sometido a la regla de unanimidad se encuentra en una posición muy parecida a la del monopolista discriminatorio que puede obtener todo el beneficio del intercambio de bienes o servicios que es capaz de vender y, por tanto, puede adquirir todo o casi todo el denominado excedente del consumidor. Este hecho, que a veces ha sido, bastante impropiamente, considerado como un posible «chantaje» del votante disconforme bajo la regla de la unanimidad, no debería ser desatendido en una teoría que trata de garantizar en la política las condiciones de un mercado competitivo. Si en un grupo de 100 votantes 99 están a favor de una decisión determinada y uno se opone a ella, la pretensión de este último de no sólo ser compensado por renunciar a su oposición, sino más que compensado por sus 99 compañeros de voto con una ganancia neta para él, es perfectamente racional desde el punto de vista de la teoría que estamos comentando. Si esto ocurre, la ley de Pareto acaso sea respetada, pero no podemos equiparar la posición de los votantes a la de los individuos en un mercado competitivo. Podría replicarse que, bajo la regla de unanimidad, cualquier votante puede hallarse interesado en otorgar su aprobación a los 99 restantes a cambio de un pequeño beneficio, antes que arriesgar la pérdida de ese beneficio si aquéllos estiman que el precio exigido a cambio de dicha aprobación es demasiado elevado. Mas este hecho no impide al votante disconforme negociar en una condición más ventajosa que la de los otros 99 votantes, condición equiparable a la del monopolista discriminatorio. Por supuesto, los monopolios discriminatorios pueden existir tanto en el mercado como en las decisiones políticas. Pero mientras en el mercado tienden a ser reducidos al menos a la larga, hasta que los costes se equilibran con los precios, no existen esperanzas de un resultado análogo para las decisiones de grupo bajo la regla de unanimidad.

Los mismos autores admiten que su teoría puede sólo proporcionar una explicación parcial del proceso efectivo de votación en la política; de ahí que su valor normativo sea limitado. Creo que un estudio más preciso de los límites de aplicabilidad de este interesante enfoque económico de lo político sería de gran utilidad tanto a los economistas como a los expertos en ciencias políticas para alcanzar una comprensión más profunda de sus respectivas materias.

[Ir a tabla de contenidos]

4. Voto frente a mercado

Hemos visto en la conferencia anterior que, a pesar de que puedan existir muchas semejanzas entre los votantes, por una parte, y los operadores del mercado o agentes económicos, por otra, las acciones de ambos son profundamente diferentes. Ninguna norma de procedimiento parece capaz de permitir a los votantes actuar de

la misma manera flexible, independiente, coherente y eficiente con que actúan los agentes que en el mercado emplean la elección individual. Si bien es cierto que tanto votar como operar en el mercado son acciones individuales, con todo nos vemos obligados a colegir que la votación es una suerte de acción individual que se halla casi inevitablemente sometida a una especie de distorsión en su desarrollo.

La *legislación* considerada como resultado de una decisión colectiva tomada por un grupo —aun cuando esté formado por todos los ciudadanos afectados, como en las democracias directas de la antigüedad o en algunas pequeñas comunidades democráticas de las épocas medieval y moderna— es un proceso de elaboración de la ley que dista mucho de poder ser identificable con el proceso de mercado. Sólo los votantes que figuran en las mayorías ganadoras (si, por ejemplo, la norma de voto es la mayoritaria) son equiparables a quienes operan en el mercado. Quienes integran las minorías perdedoras no son comparables ni siquiera con los más débiles operadores del mercado, quienes al menos, conforme a la divisibilidad de los bienes (que es el caso más frecuente), siempre pueden encontrar algo que elegir y algo que conseguir, a condición de que paguen su precio. La legislación es el resultado de una decisión «todo-o-nada ». O se gana y se consigue exactamente lo que se deseaba, o se pierde y no se consigue nada. Peor aún, se consigue algo que no se desea y se paga por ello como si se hubiera deseado. Los ganadores y perdedores en las votaciones son, en este sentido, como los ganadores y perdedores en el campo de batalla. La votación parece no ser tanto una reproducción del funcionamiento del mercado como la imagen de una batalla. Bien considerado, no existe en la votación nada «racional» que pueda equipararse con la racionalidad del mercado. La votación puede, desde luego, estar precedida por debates y negociaciones, que pueden ser racionales en el mismo sentido que cualquier operación del mercado. Pero cuando llega el momento de votar, ya no se discute o negocia más. Nos hallamos en una esfera distinta. Se acumulan papeletas de voto como podrían acumularse piedras o conchas; la consecuencia es que no se gana porque se posea más razones que otros, sino simplemente porque se dispone de un mayor número de papeletas. No hay socios o interlocutores en esta operación, sino solamente aliados o enemigos. Claro que la propia actuación puede considerarse tan racional como la de los aliados o enemigos, pero el resultado final no es algo que pueda explicarse simplemente como una mezcla o combinación de las razones de todos los votantes. El lenguaje político refleja muy bien este aspecto de la votación: los políticos gustan de hablar de *campañas* que van a realizar, de *batallas* que deben ganar, de *enemigos* a quienes combatir, y así sucesivamente. Este lenguaje no se da, por lo general, en el mercado. Por una razón evidente: *mientras en el mercado la oferta y la demanda no sólo son compatibles sino complementarias, en el ámbito político, al que pertenece la legislación, la elección de ganadores por un lado y de perdedores por otro no sólo no son complementarias sino que ni siquiera son compatibles.* Es sorprendente que una consideración tan simple —y yo diría tan evidente— de la

naturaleza de las decisiones de grupo (y de la votación, en particular, que es el mecanismo habitual empleado para efectuarlas) pase inadvertida tanto a los expertos como al hombre de la calle. La votación, y en particular la votación según la regla mayoritaria, suele considerarse como un procedimiento *racional*, no sólo en el sentido de que permite alcanzar decisiones cuando los miembros del grupo no se muestran unánimes, sino también en el sentido de que parece ser el procedimiento más lógico dadas las circunstancias.

Es cierto que, por lo general, se admite que una decisión unánime sería lo perfecto. Pero debido al hecho de que la unanimidad en las decisiones de grupo es poco frecuente, la gente se siente autorizada a inferir que la segunda mejor posibilidad es adoptar decisiones conforme al voto de la mayoría; se supone que estas decisiones no sólo son más convenientes, sino también más lógicas que otras cualesquiera.

Ya en otra ocasión me he ocupado de defender esta postura del Doctor Anthony Downs.[123] Creo que merece la pena reconsiderar la argumentación de Downs, que tiene el mérito de compendiar de manera sucinta las principales razones que se aducen a favor de la regla de la mayoría en la literatura política que conozco. De acuerdo con el Dr. Downs,

Los argumentos básicos a favor de la regla de la mayoría simple se asientan sobre la premisa de que cada votante debería tener un peso igual respecto a los demás votantes. Por consiguiente, si se producen desacuerdos pero la acción no puede posponerse hasta alcanzar la unanimidad, *es mejor satisfacer a los más que a los menos*. El único arreglo práctico para llevarlo a cabo es la regla de la mayoría simple. Cualquier norma que requiera más que una mayoría simple para la aprobación de un decreto permite a una minoría impedir la actuación de la mayoría, otorgando así al voto de cada miembro de la minoría *más peso* que al voto de cada miembro de la mayoría.[124]

Prosiguiendo con nuestra equiparación predilecta entre la votación y el funcionamiento del mercado, este argumento parece reducirse a la afirmación de que debemos dar un billete de un dólar a todo el mundo a fin de otorgar a cada uno el mismo poder adquisitivo. Mas cuando consideramos la analogía de cerca, comprendemos que dando por sentado que 51 votantes de un total de 100 son «políticamente» igual a 100, y que los restantes 49 (contrarios) son «políticamente» igual a cero (que es, exactamente, lo que sucede cuando una decisión de grupo se toma conforme a la regla de la mayoría), otorgamos mucho más «peso» a cada votante que figura en el bando de los 51 ganadores que a cada votante que figura en el de los 49 perdedores. Resultaría más apropiado cotejar esta situación con la que se daría en el mercado si 51 personas que poseyeran cada una de ellas un dólar se asociaran para adquirir un artilugio que costara precisamente 51 dólares, mientras que otras 49 personas, también con un dólar cada una, tendrían que prescindir del

mismo, ya que sólo existe uno a la venta. El hecho de que no podamos, tal vez, prever quién pertenecerá a la mayoría no modifica mucho el cuadro.

Evidentemente, ciertas razones históricas desempeñaron un papel muy importante en impedir que la gente reflexionase sobre las contradicciones de una doctrina que manifestaba apoyar, en la política, la igualdad de oportunidades para todos y, simultáneamente, denegaba dicha igualdad aplicando la norma del voto mayoritario. Los partidarios de la regla de la mayoría solían imaginarla como el único medio posible de combatir el poder sin restricciones sobre las grandes masas por parte de oligarcas y tiranos. El «peso» otorgado a la voluntad o al «voto ideal» de los tiranos —en las sociedades políticas por ellos dominadas— se mostraba tan desproporcionadamente aplastante comparado con el peso cedido a la voluntad de todos los restantes individuos de aquellas sociedades, que la aplicación de la regla de la mayoría parecía ser la única forma adecuada de restaurar la igualdad de «pesos» para las voluntades de todos los individuos afectados. Fueron muy pocos quienes se preocuparon de preguntarse si la balanza política no iba a acabar por desequilibrarse hacia el lado contrario. Esa postura común a la que hemos aludido queda expresada de modo patético, por ejemplo, en una carta —fechada el 13 de junio de 1817— que Thomas Jefferson escribió a Alexander von Humbolt:

El primer principio del republicanismo es que la *lex majoris partis* es la ley fundamental de toda sociedad de individuos de iguales derechos; la más importante de las enseñanzas y sin embargo la última que se aprende a fondo, es que la voluntad enunciada por mayoría de un solo voto es tan sagrada como si fuera unánime. Si se desprecia esta ley no queda sino la de la fuerza, que conduce necesariamente al despotismo militar. Esta ha sido la historia de la revolución francesa, y ojalá [añadía Jefferson con talante profético] que el entendimiento de nuestros hermanos del sur llegue a ser lo suficientemente amplio y firme como para comprender que la suerte depende de su sagrada observancia.[125]

Sólo muy entrado el siglo XIX, algunos destacados científicos y eminentes estadistas comenzaron a comprender que no había más magia en el número 51 que en el número 49. Por ejemplo, los *garantistas* franceses, así como algunos célebres pensadores ingleses, no vacilaron en manifestar su aversión a la aplicación incondicional de la regla de la mayoría en las resoluciones políticas, y Herbert Spencer estigmatizaría en 1884 esa suposición subyacente como la superstición del «derecho divino de las mayorías».[126]

Pero repitamos la síntesis de los principales argumentos en pro de la regla mayoritaria que hace Downs: «Si se producen desacuerdos pero la acción no puede posponerse hasta alcanzar la unanimidad, es mejor satisfacer a los más que a los menos. El único arreglo práctico para llevarlo a cabo es la regla de la mayoría simple.»

Podemos admitir que las hipotéticas circunstancias de Downs —*la urgencia de la decisión y la falta de unanimidad*— se dan, con mayor o menor frecuencia, en todas las sociedades políticas. Sin embargo, la realidad es que tanto la urgencia de la decisión como la falta de unanimidad pueden ser, por así decirlo, creadas *artificialmente* por quienes se hallan en situación de forzar a los restantes miembros de la comunidad política a adoptar cualquier decisión de grupo, sea la que fuere, en vez de no adoptar ninguna. Reconsideremos esta cuestión. Por el momento sólo quiero señalar que aun suponiendo que tanto la urgencia como la falta de unanimidad sean condiciones reales para adoptar la decisión a que nos referimos, declarar terminantemente —como lo hace Downs— que por consiguiente «es mejor satisfacer a los más que a los menos» es un simple nonsequitur. De hecho, podemos imaginar fácilmente situaciones en las cuales sólo unas cuantas personas poseen el necesario nivel de conocimientos requeridos para tomar la correspondiente decisión, y, por tanto, resultaría en estos casos mucho menos razonable satisfacer a los más que a los menos.

Desde luego, los partidarios entusiastas de la regla de la mayoría sin condiciones pueden replicar que su conclusión se deriva no tanto de las hipótesis de la urgencia y la falta de unanimidad como de las hipótesis implícitas del conocimiento igual, o aun de la ignorancia igual, por parte de los votantes en las cuestiones en litigio. Esta última hipótesis, no obstante, resulta bastante ilusoria, sobre todo en las sociedades contemporáneas altamente diferenciadas. El mismo autor admite a otro respecto que «la especialización crea grupos minoritarios con intereses objetivos [y, añadiría yo, con los correspondientes tipos de conocimientos] que difieren ampliamente unos de otros». Así, la base real de la conclusión sigue siendo la famosa idea del «peso igual» de los votantes o, por decirlo con mayor propiedad, la utilización anfibia de este resbaladizo concepto.

Queda aún por examinar un punto más de la síntesis realizada por Downs. Según él, «cualquier norma que requiera más que una mayoría simple para la aprobación de un decreto permite a una minoría impedir la actuación de la mayoría, otorgando así al voto de cada miembro de la minoría más peso que al voto de cada miembro de la mayoría.»

Fijémonos ante todo en la última parte de esta afirmación. Parece indudable que si la regla adoptada es una regla mayoritaria cualificada, el número que comprendería a la mayoría ganadora sobre un total de 100 votantes sería, digamos, 60 o 70, en vez de 51, y el número correspondiente a la minoría perdedora sería 40 o 30, en vez de 49. Pero esto no significa que al voto de cada miembro de la minoría se le otorgue ahora «más peso» que al voto de cada miembro de la mayoría. La realidad es que, nuevamente, de un total o conjunto de 100 votantes, el bando de los ganadores —quienes figuran en el subconjunto de 60 o 70— sigue contando con un peso mayor, según la nueva regla, que el otorgado a cada uno de los votantes del

subconjunto cuya suma es 40 o 30. En este nuevo ejemplo, los 60 o 70 votantes ganadores son considerados como «políticamente » igual a 100, mientras que los otros 40 o 30 son considerados como «políticamente» igual a cero.

La única diferencia que podemos percibir en este ejemplo es que cada votante, cuando el número «mágico» es de 60 o 70, tiene —*in abstracto*— una probabilidad inferior de figurar en el subconjunto perdedor que la que tenía en el ejemplo previo, donde el número mágico era 51. Pero sería erróneo deducir de esta circunstancia que «por consiguiente» a cada votante que figura en el subconjunto perdedor en el ejemplo último se le ha otorgado más peso que a cada votante de los que figuran en el ganador.

Examinemos ahora la primera parte de la afirmación de Downs. Como ya vimos, éste considera que toda regla que exija una mayoría superior a la simple para tomar una decisión política es capaz de hacer que una minoría impida la acción de la mayoría, y parece dar a entender que este posible impedimento, de acuerdo con su principio de la igualdad de peso de los votantes, debería rechazarse siempre.

Es claro, sin embargo, que existen diferentes clases de «impedimentos », por lo que resulta indispensable realizar un análisis más concienzudo de este concepto antes de extraer las oportunas conclusiones.

A este respecto, podría resultar de utilidad recordar un ejemplo aducido en los albores de este siglo, y en este mismo país, por un distinguido estudioso (cuyo nombre acaso haya sido injustamente olvidado en nuestros días: Lawrence Lowell) en su estimulante libro *Public Opinion and Popular Government*.[127] Ya he citado dicho ejemplo con anterioridad, pero me parece tan bueno que me gustaría repetirlo. Las bandas de asaltantes —decía Lowell— no constituyen una «mayoría» cuando, tras esperar a un transeúnte en un paraje solitario, le despojan de su bolsa de caudales, ni éste puede ser considerado una «minoría». Existen protecciones constitucionales y, naturalmente, legislación penal en los Estados Unidos, al igual que en otros países, tendentes a impedir la formación de tales «mayorías». Debo admitir que diversas «mayorías» en nuestros días tienen, a menudo, mucho en común con la «mayoría» peculiar que describe Lawrence Lowell. Pese a ello, resulta posible todavía y —diría yo— de suma importancia distinguir entre las «mayorías» paradójicas del tipo de la de Lowell y las «mayorías» en un sentido más ortodoxo del término. Las mayorías como las de Lowell no se toleran en ninguna sociedad eficazmente organizada de nuestro mundo por la sencilla razón de que prácticamente cada miembro de estas sociedades desea que se le otorgue la posibilidad de impedir cuando menos ciertas actuaciones de cualquier mayoría. Nadie consideraría convincente, aun admitiendo su corrección, el argumento de Downs de que en esos casos a cada votante de la minoría se le otorga más peso que a cada votante de la mayoría.

¿Debemos, pues, sostener que aquellos casos en los que cada individuo desea preservar su poder para impedir que las mayorías —con independencia de su tamaño— emprendan acciones como asaltar o asesinar son totalmente semejantes a otros casos en los cuales un disidente caprichoso o malintencionado pudiera impedir a sus conciudadanos alcanzar ciertos fines propios inocentes y de provecho? Parece evidente que el término *impedir* posee un significado distinto en cada caso, y que sería conveniente diferenciar estos casos antes de adoptar cualquier conclusión general sobre la aplicabilidad de la regla de la mayoría. Dicho de otro modo: aun cuando admitiéramos la validez del argumento del «peso igual», deberíamos reconocer la necesidad de algunas importantes salvedades que revelarían sus límites insuperables.

Hay otro argumento, entre los que se aducen a favor de la regla de la mayoría simple, que también conviene considerar. Como vimos, Downs no sólo rechaza la aplicación de otras reglas como contrarias al principio de los «pesos iguales», sino que afirma categóricamente que «el único arreglo práctico» para que se beneficien los más en lugar de los menos es «la regla de la mayoría simple». Esto significa que si adoptamos cualquier otra regla mayoritaria (cualificada), la minoría podría impedir que la mayoría decidiera la acción a seguir o, expresado de otro modo, la minoría indicaría a la mayoría qué decisión no debe adoptarse. Para desgracia de los partidarios de la regla de la mayoría incondicional, este argumento en pro de la regla de la mayoría simple no es más correcto que los anteriores.

La adopción de la regla de la mayoría simple no impide, de hecho, que minorías fuertemente organizadas impongan la acción a seguir a los restantes miembros de la comunidad política. La teoría italiana de las élites, formulada por Mosca, Pareto, y en cierto modo por Roberto Michels, ha destacado siempre esta posibilidad. En su reciente ensayo *The Calculus of Consent*, James Buchanan y Gordon Tullock, si bien tratan de rechazar el punto de vista de la élite, de hecho lo adoptan inconscientemente en su análisis del comercio del voto como fenómeno real que se produce en las democracias representativas de nuestros días.

Creo que Buchanan y Tullock demuestran de un modo irrefutable que si una minoría se halla bien organizada y está determinada a sobornar a tantos votantes como sea preciso para contar con una mayoría dispuesta a aprobar una determinada decisión, la regla mayoritaria obra mucho más a favor de tales minorías de lo que comúnmente se piensa. Si, por ejemplo, suponemos que sólo 10 votantes de un total de 100 obtienen el beneficio íntegro de 100 dólares de una decisión de grupo cuyo coste de 100 dólares ha de ser cargado por igual a cada miembro del grupo, esos 10 votantes pueden estar interesados en sobornar a 41 personas más, reembolsando al menos a cada una su coste individual por la decisión, esto es, un dólar por cabeza. Al final, 41 personas pertenecientes a la mayoría quedarán a la par, sin ganar ni perder; 40 pertenecientes a la minoría oficial pagarán un dólar cada una sin

conseguir de dicha decisión beneficio alguno, y cada uno de los auténticos ganadores conseguirá un beneficio de 10 dólares contra un coste de 5,10 dólares a causa de la decisión adoptada por el grupo.

La regla, por supuesto, también puede operar de un modo contrario, cuando los 40 perdedores logran organizarse en la siguiente ocasión y sobornan al menos a dos miembros de la mayoría con objeto de transformar a ésta en minoría, dejando así a los 10 sagaces compañeros con las manos vacías. Mas es obvio que la regla de la mayoría simple puede, efectivamente, obrar en ambos casos a favor de una minoría.

Es cierto que la regla de la mayoría simple no es la única —fuera de las reglas minoritarias— susceptible de operar en pro de las minorías. Todas las demás reglas mayoritarias pueden operar en favor de ciertas minorías cuando, como resultado de la decisión de grupo, los beneficios se concentran y sus costes se distribuyen lo bastante como para incentivar a minorías arteras a sobornar tantos votantes como sea necesario para alcanzar la mayoría prescrita por la regla existente. Ahora bien, los costes de este soborno aumentan en función del número de votantes que se requiere para alcanzar la mayoría precisa. Por tanto, podría suceder que los costes ocasionados por el proceso de sobornar a un alto número de votantes disuadiera a la minoría en cuestión de intentar maximizar sus utilidades a costa de sus compañeros de voto o de una parte de ellos. La conclusión parece ser que la regla de la mayoría simple resulta menos desalentadora para dichas minorías que otras posibles reglas de mayoría cualificada. Es ésta una conclusión bien distinta de la que sostiene que la regla de la mayoría simple constituye el «único arreglo práctico» para hacer que «se beneficien los más en lugar de los menos».

Una de las interesantes posibilidades señaladas en el análisis que Buchanan y Tullock hacen de la forma en que la regla de la mayoría simple puede funcionar es la permanente tentativa que realizan las nuevas minorías de maximizadores para sobornar a otros votantes indiferentes en principio ante la cuestión que se debate, con la finalidad de crear nuevas y efímeras mayorías a expensas de minorías menos informadas, menos perspicaces o menos cautelosas. Otra posible consecuencia interesante que señalan estos autores es que la desproporción entre beneficios y costes para las minorías maximizadoras les induzca a despreciar la posibilidad de minimizar los costes totales de la decisión de grupo que en su propio interés están promoviendo.

La situación general puede calificarse, como ya la califiqué en otro contexto, de una guerra legal de todos contra todos o, empleando la famosa expresión utilizada por el eminente economista y experto en ciencias políticas francés Fréderic Bastiat, la gran ficción del Estado «por la que cada uno pretende vivir a costa de todos los demás».[128]

En una comunidad política en que las reglas para tomar decisiones son tales que

animan a las minorías de aprovechados a conseguir algo a cambio de nada tiende a producirse una continua sobreinversión, dejando que corran con los gastos las minorías de víctimas menos perspicaces. Downs, sin embargo, pretende defender la regla de la mayoría simple frente a la acusación de favorecer las iniciativas de las minorías maximizadoras a expensas de otros miembros del grupo. En su ensayo dedicado al análisis de un artículo de Tullock, en gran parte reproducido en el nuevo libro de Buchanan y Tullock, Downs hace la mencionada observación de que todas las formas de reglas de mayoría cualificada se comportan aproximadamente como la regla de la mayoría simple a fin de alentar a las minorías de aprovechados a maximizar sus propios beneficios a expensas de los demás votantes. En realidad, Downs se ve obligado a admitir que la regla de la mayoría simple no se halla exenta de la susodicha crítica, si bien parece ignorar por completo el hecho, destacado ahora por Tullock y Buchanan, de que las reglas de la mayoría cualificada son más disuasorias —para todos los tipos de minorías que tratan de sacar provecho— que la regla de la mayoría simple.

Downs intenta asimismo defender la regla de la mayoría simple, así como otras reglas mayoritarias (cualificadas), de la acusación de que tienden a producir sobreinversión por medio de una serie de decisiones de grupo aprobadas por mayorías efímeras y mudables. Admite que el «*logrolling* » o sistema de concesiones mutuas se verifica en el mundo real, pero da por sentado que si los costes tienden efectivamente a superar los beneficios en las decisiones adoptadas por las comunidades políticas basadas en representantes elegidos por el pueblo, estos representantes se verían en la necesidad de exponer los malos resultados del comercio del voto al término de su mandato, con lo cual sus electores se sentirían frustrados y los castigarían eligiendo a otros representantes.

Argumento que no parece muy convincente. Un rasgo característico del juego político es que, en las sociedades políticas contemporáneas, el sistema de concesiones mutuas o intercambio de favores se pone en marcha antes que en las Cámaras de los representantes. En realidad surge cuando los electores aceptan algunos puntos desventajosos (para ellos) de un programa político, a fin de obtener cierto beneficio de otros puntos que les resultan ventajosos. Entre los puntos desventajosos del programa pueden considerar la posibilidad de que el intercambio de favores que su representante desarrollará en la Cámara podrá acarrearles ciertas pérdidas netas en un momento dado. Este momento puede o no coincidir con el momento en que el representante se presente a sus electores al concluir la legislatura. Pero aun cuando coincida, su representante podrá argüir que, si se le renueva la confianza, tendría nuevas oportunidades para mejorar la situación actual por medio de una serie más beneficiosa de intercambio de favores en nombre de sus electores. Puesto que el juego político nunca acaba, no existe razón para que los electores nieguen su confianza a un representante que siempre puede afirmar que en un momento dado, o en una serie de momentos dados, el resultado de su

intercambio de concesiones fue beneficioso para sus electores, y que además puede argüir que prosiguiendo su actuación en la próxima legislatura los electores podrán obtener análogos o incluso superiores beneficios.

Downs aduce un nuevo argumento en favor de su tesis. Concede que si los votantes ignoran algunos de los costes resultantes de una serie de decisiones de grupo, pueden votar a favor de un programa de gobierno demasiado cuantioso. Pero, afirma, si admitimos ignorancia en el modelo, los votantes también pueden ignorar algunos de los beneficios que reciben, y si tal es la situación, la ignorancia puede generar un presupuesto gubernamental que sea tanto demasiado exiguo como demasiado elevado.

Este argumento me parece aún menos convincente que el anterior. Partimos del supuesto bastante realista de que las minorías perspicaces conocen mejor que sus compañeros de voto los costes y beneficios aparejados a una decisión que intentan que sea aprobada por el grupo, a pesar de la posible sobreinversión que para él signifique. Si semejante decisión puede aprobarse es precisamente porque son los otros votantes quienes habrán de correr con los gastos, lo cual quiere decir que son negligentes o se hallan menos organizados, o ignoran las consecuencias reales que para ellos entrañará tal decisión. El desconocimiento, por consiguiente, puede ser una de las razones que justifiquen la sobreinversión, aunque no sea la única. Mas demos por sentado que el desconocimiento (por parte de los votantes perdedores) es la única razón. Downs responde que el desconocimiento puede asimismo generar un presupuesto gubernamental que sea «demasiado exiguo», pero éste es un caso completamente diferente que tiene muy poco que ver con el caso de sobreinversión que acabamos de considerar. El argumento de Downs únicamente sería aceptable si pudiésemos dar por sentado que, debido sólo al desconocimiento de los votantes que abonan la factura de una decisión promovida por una minoría avispada, los beneficios de esa decisión para el grupo pueden no sólo ser menores sino superiores a los costes. Pero esto significaría que la inversión es una suerte de juego de azar en el que los agentes económicos racionales e informados no tienen mayores probabilidades de éxito que los irracionales o ignorantes. Si la ignorancia pudiera producir aleatoriamente los mismos efectos beneficiosos que la información, las actividades económicas serían, como es obvio, muy diferentes de lo que actualmente son. En el mundo en que vivimos, la suposición de que la ignorancia puede resultar tan provechosa como la información parece ser bastante inapropiada para explicar la acción humana no sólo en el ámbito económico, sino en cualquier otro. Por otra parte, es razonable suponer que las minorías que promueven una decisión de grupo que les beneficie conocen lo que hacen mejor que los demás votantes: poseen una idea precisa de lo que desean y de las posibles consecuencias que para ellos tendrá la decisión de grupo en cuestión. También pueden saber de sobra que los beneficios de la decisión para los restantes miembros del grupo serán menores que los costes. Pero pueden pasar por alto este hecho. El resultado final

será probablemente una inversión cuyo coste será muy superior al que habría sido en otras circunstancias.

Hemos visto que la regla de la mayoría simple no es la única que puede causar estos efectos. *Cualquier otro tipo de regla mayoritaria (cualificada) puede tener resultados semejantes.* Sin embargo, también hemos visto que las reglas de la mayoría cualificada pueden ser más eficaces que la regla de mayoría simple para disuadir a las minorías maximizadoras a imponer su voluntad sobre todo el grupo mediante el conocido procedimiento del *log-rolling*. Podría parecer que cuanto más se incrementa la mayoría necesaria para adoptar una decisión de grupo, mejor se protege a las minorías disidentes de ser explotadas por las élites de maximizadores organizadas. Pero no es así. Como Buchanan y Tullock demuestran en su obra, los costes de alcanzar un acuerdo entre los votantes de un grupo tienden a aumentar fuertemente cuando la regla de la mayoría cualificada se aproxima a la regla de unanimidad. En otros términos: cualquier votante tiende a considerar su aprobación como muy valiosa cuando sabe que el número de votantes requeridos para alcanzar una determinada decisión es muy elevado; si los demás votantes desean su aprobación, puede verse tentado a obrar de forma semejante a la del monopolista discriminatorio para conseguir la ventaja íntegra de la negociación.

Con las reglas de la mayoría altamente cualificada o con la regla de la unanimidad tiende a surgir una situación hasta cierto punto análoga a la que se produce con las minorías avispadas bajo la regla de la mayoría simple. Pueden entonces aparecer nuevas minorías de maximizadores, no con el fin de comprar los votos de otras personas al precio más barato posible, sino para vender sus propios votos al más alto a aquellos votantes que tienen necesidad de que se apruebe determinada decisión bajo la regla existente, esto es, una regla de mayoría altamente cualificada. La regla de unanimidad no haría más que exacerbar esta tendencia, por lo que muy raramente se adopta debido a los elevados e incluso prohibitivos costes que entraña para todos cuantos desean hacer prosperar una decisión con semejante regla.

Si volvemos ahora al concepto de «peso igual» de los votantes, *debemos concluir que ninguna regla para adoptar decisiones es verdaderamente capaz de otorgar pesos iguales en el sentido de iguales posibilidades a todos y cada uno de los votantes*. Sin embargo, podemos presumir que ciertas reglas de mayoría cualificada contribuyen a colocar a todos los votantes en una posición de justo equilibrio, mientras que las reglas minoritarias, las regla de mayoría simple, las de mayoría altamente cualificada y, finalmente, la regla de unanimidad conducen inevitablemente a un desequilibrio entre los votantes afectados.

Esta conclusión nos recuerda ciertas diferencias insuperables entre el proceso de votación y el de comercio en el mercado en situación de competencia. La competencia política es, por su misma naturaleza, mucho más restringida que la

competencia económica, especialmente si las reglas del juego político tienden a crear y mantener desequilibrios en vez de actuar en la dirección opuesta.

Debemos concluir que tiene poco sentido elogiar la regla de la mayoría simple como la mejor regla posible para el juego político. Es mucho más correcto adoptar diversas clases de reglas, según los fines que se desee alcanzar; v. gr., adoptar reglas de mayoría cualificada cuando los asuntos que están en juego son lo suficientemente importantes para cada miembro de la comunidad, o adoptar la regla de unanimidad cuando se trata de algo absolutamente vital para todos ellos. Creo que casi todos estos extremos han sido brillantemente destacados en los recientes análisis basados en el enfoque o aproximación económica.

No debemos olvidar que ninguna de las reglas adoptadas o adoptables en las decisiones políticas puede generar una situación que sea verdaderamente análoga a la del mercado que se desenvuelve en condiciones de competencia. Ningún comercio del voto podría bastar para colocar a cada individuo en una situación idéntica a la de los operadores o agentes que compran y venden, libremente, bienes y servicios en un mercado competitivo.

Cuando concebimos la ley como legislación, aparece claramente que la ley y el mercado no pueden en forma alguna considerarse análogos desde el punto de vista del individuo y sus decisiones.

El proceso de mercado y el proceso legislativo se hallan, en realidad, ineludiblemente en desacuerdo. El mercado permite a los individuos efectuar elecciones libres con la única condición de que estén dispuestos a pagarlas, en tanto que la legislación no.

Lo que ahora deberíamos preguntarnos y tratar de responder es: ¿podemos realizar una comparación más fructuosa entre el mercado y los modelos *no legislativos* de la ley?

[Ir a tabla de contenidos]

Pies de página

[1] Las conocidas declaraciones críticas sobre la doctrina de la división de poderes de Montesquieu realizadas por altos líderes del partido socialista español son una muestra clara, entre otras, del alto grado de confusión e incultura política y democrática que lamentablemente se ha generalizado en nuestro país y pone de manifiesto la urgencia y necesidad del estudio y divulgación de obras como *La libertad y la ley,* cuya primera edición en español fue publicada por Unión Editorial en 1974, cuando se preveía el inminente comienzo de la transición democrática española, agotándose rápidamente. Hoy, veinte años después, con nuestra democracia plenamente asentada, su estudio es, si cabe, todavía más transcendental, por lo que la aparición de esta nueva segunda edición ampliada y revisada del libro

de Bruno Leoni era ya ineludible.

[2] James M. Buchanan, Premio Nobel de Economía, me comentaba recientemente en Madrid la anécdota de que, compartiendo un seminario de teoría económica con Bruno Leoni en Estados Unidos, en un determinado momento desapareció éste de la escena, con gran desconcierto entre el resto de los participantes, que se convirtió en generalizada admiración cuando se supo que, al enterarse Leoni de que existía un club de vuelo cerca del lugar, ¡había decidido aprovechar la oportunidad para aprender a pilotar avionetas! Una variante, con ligeras modificaciones, de esta anécdota puede leerse en F.A. Hayek, «Bruno Leoni, the Scholar», incluido en el volumen IV de *Las obras completas de F.A. Hayek*titulado *Las vicisitudes del Liberalismo. Ensayos sobre Economía Austriaca y el ideal de libertad*, Peter G. Klein (ed.), Unión Editorial, Madrid 1996, p. 277

[3] Fue asesinado durante un altercado que mantuvo con uno de sus inquilinos, que se enfureció enormemente cuando, al parecer, Leoni le acusó de quedarse con las rentas de alquiler que cobraba, por encargo suyo, del resto de los inquilinos. El carácter trágico del hecho se hizo evidente poco después del asesinato, cuando las mencionadas rentas de alquiler llegaron por correo postal, poniéndose de manifiesto que la acusación de Leoni se basaba en un malentendido y, por tanto, carecía de fundamento. Debo el conocimiento de los detalles de este hecho a James M. Buchanan.

[4] Este seminario, que fue el quinto organizado por el *Institute on Freedom and Competitive Enterprise*, habría de tener una importancia histórica y determinante en la evolución de la teoría del liberalismo en nuestro siglo. En efecto, las conferencias de Hayek dieron lugar, en última instancia, a su *magnum opus* sobre *Los fundamentos de la libertad* (Unión Editorial, 8ª ed., Madrid 2008); las del profesor Friedman se publicaron posteriormente en forma de libro, con el título de *Capitalismo y libertad* (Rialp, Madrid 1966); y las del profesor Leoni fueron el germen de *La libertad y la ley.*

[5] *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand Company, Princeton, Nueva Jersey, 1961; la segunda edición en inglés se publicó, con el patrocinio del Institute for Humane Studies, por la Nash Publishing Company, Los Angeles 1972. Y una tercera edición, revisada y ampliada, ha sido magníficamente publicada hace poco por Liberty Fund, Indianápolis 1991. Aunque la mayor parte de las obras de Bruno Leoni se encuentran en italiano, curiosamente *La libertad y la ley* todavía no ha sido traducida a este idioma. Se han efectuado, no obstante, dos traducciones al español, una publicada por el Centro de Estudios sobre la Libertad de Buenos Aires, en 1961, y otra en una primera edición por la Biblioteca de la Libertad de Unión Editorial en Madrid en 1974 (que fue la que yo leí por primera vez hace 35 años). La segunda edición española, al igual que la presente tercera edición, conserva el título original de *La libertad y la ley* e incorpora, con carácter adicional, cuatro conferencias pronunciadas en 1963 por Bruno Leoni en Estados Unidos, y que están recogidas también en la tercera edición inglesa del Liberty Fund.

[6] Esto es algo que, incluso dentro del campo de la economía y gracias a Bruno Leoni, terminó siendo explícitamente reconocido por el propio Hayek, para el cual los fundamentos filosóficos de la economía de mercado fueron desarrollados por primera vez por los escolásticos españoles de la Escuela de Salamanca de los siglos XVI y XVII. Véase, en este sentido, el artículo seminal de Murray N. Rothbard titulado «New Light on the Prehistory of the Austrian School of Economics», en *The Foundations of Modern Austrian Economics*, Sheed & Ward, Kansas City 1976, pp. 52-74; así como los trabajos correspondientes de Marjorie Grice-Hutchinson (*The School of Salamanca*, Clarendon Press, Oxford 1952, y *El pensamiento económico en España*, 1177-1740, Edit. Crítica, Barcelona 1982); de Lucas Beltrán («Sobre los orígenes hispanos de la economía de mercado», *Cuadernos del pensamiento liberal,* n.º 10 (1), 1985, pp. 5-38); de Alejandro A. Chafuen (*Economía y ética: Raíces cristianas de la economía de libre mercado*, Rialp, Madrid 1991); y de Jesús Huerta de Soto, «Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía », nota 3.
[7] Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere, Duncker & Humblot*, Leipzig 1883, y en especial a página 182. El propio Menger expresa impecablemente de la siguiente manera la nueva pregunta que pretende contestar su nuevo programa de investigación científica para la economía: «¿Cómo es posible que las instituciones que mejor sirven al bien común y que son más extremadamente significativas para su desarrollo hayan surgido sin la intervención de una voluntad común y deliberada para crearlas?» (pp. 163-165). Para Menger, por tanto, las instituciones sociales son, sin duda, resultado de la *interacción*de muchos seres humanos, pero no han sido diseñadas ni organizadas consciente ni deliberadamente por ninguno de ellos. El término en alemán utilizado por Menger para referirse, cuando explica el surgimiento de las instituciones, a «las consecuencias no intencionadas de las acciones individuales» es el de *unbeabsichtigte Resultante* (ob. cit., p. 182).
[8] Cicerón, *De republica*, II,1,2. La cita completa y los comentarios a la misma de Bruno Leoni pueden verse en el capítulo V de este libro.
[9] En palabras del propio Bruno Leoni, el derecho se configura como «una continua serie di tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo» (Bruno Leoni, «Diritto e Politica», incluido en sus *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto*, Milán 1980, p. 240). Como se ve, la teoría de Bruno Leoni es plenamente coincidente con la desarrollada previamente por Carl Menger para el dinero y el resto de las instituciones sociales.
[10] Existe incluso un trabajo de Bruno Leoni dedicado específicamente a este tema y que publicó en 1965 con el título «Il problema del calcolo economico in una economia di piano», publicado en *Il Politico*, XXX (1965), pp. 415-460. 11 Véanse las referencias que hago a las consideraciones jurídicas de Leoni sobre el teorema

de la imposibilidad del socialismo recogidas en Jesús Huerta de Soto, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, 4.ª ed., Unión Editorial, Madrid 2010, pp. 156-157.

[11] Véanse las referencias que hago a las consideraciones jurídicas de Leoni sobre el teorema de la imposibilidad del socialismo recogidas en Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, 4.ª ed., Unión Editorial, Madrid 2010, pp. 156-157.

[12] La influencia de la Escuela Austriaca sobre el pensamiento de Bruno Leoni ha sido poco tratada, con la excepción de los trabajos de mi amigo Raimondo Cubeddu, y en especial su artículo «Friedrich A. von Hayek e Bruno Leoni», *Il Politico*, 1992, año LVII, pp. 393-420. Igualmente debe consultarse su magnífico libro *The Philosophy of the Austrian School*, publicado por Routledge en Londres y Nueva York en 1993. También M. Stoppino, si bien de pasada, menciona en su artículo «L'individualismo integrale di Bruno Leoni», incluido como ensayo introductorio a la obra de Leoni *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto*, ya citada, la importante influencia que las teorías de la Escuela Austriaca tuvieron sobre el pensamiento de Bruno Leoni.

[13] Efectivamente, fue Arnold Plant el que, cuando Hayek llegó a la London School of Economics, le sugirió que debía estudiar con detalle las aportaciones de Hume y su escuela, por la gran relación que las mismas tenían con la tradición mengeriana sobre la teoría del surgimiento de las instituciones. Es a partir de los años cincuenta cuando, gracias a la positiva influencia de Leoni, Hayek cambia el centro de gravedad de su teoría del liberalismo trasladándolo de Escocia hacia la Escuela de Salamanca (recordemos que es precisamente en el año 1952 cuando Hayek dirige la tesis de Marjorie Grice-Hutchinson sobre la Escuela de Salamanca, que hemos citado en la nota 6 anterior). Véase igualmente F.A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, volumen II, Unión Editorial, Madrid, 2.ª ed., 1988, pp. 288-289.

[14] La crítica detallada que Bruno Leoni hace a Hans Kelsen se encuentra recogida en su artículo «Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto», incluido en sus *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto*, obra ya citada. Sobre la posición antikelseniana de Bruno Leoni debe consultarse igualmente el trabajo de Norberto Bobbio titulado «Bruno Leoni di fronte a Weber e a Kelsen», publicado en *Il Politico*, XLVII, 1982, número 1, pp. 131 y siguientes.

[15] Véase especialmente el trabajo de John Gray, *Hayek on Liberty*, Oxford University Press, Oxford 1986, p. 69, y también su libro *Liberalisms: Essays in Political Philosophy*, Routledge, Londres 1989, p. 94. También C. Kukathas recoge la profunda influencia que Leoni tuvo sobre Hayek, en su libro Hayek and Modern Liberalism, Oxford University Press, Oxford 1989, p. 157, en donde se indica que el mayor acento dado por Hayek a la common law y al derecho evolutivo en su obra *Derecho, legislación y libertad* frente al contenido de su anterior libro *Los fundamentos de la libertad* tiene su origen en que «arguably, Hayek changed his

view because of the criticism made by Bruno Leoni in *Freedom and the Law*».

[16] Existen otras muchas aportaciones de Bruno Leoni de gran interés que podrían señalarse, siendo, no obstante, de importancia secundaria en relación con la ya indicada en el texto. Baste aquí mencionar, y como botón de muestra, las observaciones críticas que Bruno Leoni hace al instrumentalismo metodológico de Milton Friedman, y que anteceden a los análisis más modernos que han puesto de manifiesto lo insostenible y la inanidad de la metodología positivista de Friedman para las ciencias sociales. No compartimos, sin embargo, la crítica que, de pasada y sin fundamentación alguna, Bruno Leoni hace del apriorismo metodológico de Mises, por las razones que expuse en «Crisis y método en la Ciencia Económica», publicado en el volumen I de mis *Lecturas de Economía Política*, Unión Editorial, 2.ª reimpresión, Madrid 2010, pp. 1-27.

[17] F.A. Hayek, «Bruno Leoni the Scholar» (v. arriba, n.2), incluido en el *Omaggio a Bruno Leoni*, editado por Pasquale Scaramozzino, *Quaderni della Rivista «Il Politico»*, número 7, Milán, 1969 (A. Giuffrè, Milán 1969). Este artículo ha sido recientemente reeditado en el vol. IV de *The Collected Works of F.A. Hayek*, que hemos citado al final de la nota 2. Aparte de este magnífico libro de ensayos sobre Bruno Leoni, debe consultarse el número XI del verano de 1988 del *Harvard Journal of Law and Public Policy*, donde se incluye, entre otros, el trabajo de Peter H. Aranson titulado «Bruno Leoni in Retrospect», pp. 661-711, así como el de Leonard P. Liggio y Thomas G. Palmer titulado « *Freedom and the Law*: A comment on Professor Aranson's article», pp. 713-723. También en la reunión regional de la Sociedad Mont Pèlerin que tuvo lugar en Saint Vincent, Italia, en septiembre de 1986, se dedicó una sesión monográfica a Bruno Leoni que estuvo a cargo de Arthur Kemp. Véase su artículo titulado «The Legacy of Bruno Leoni» y que fue comentado por el de Angelo Maria Petroni «On Arthur Kemp's 'The Legacy of Bruno Leoni'».

[18] Parece razonable creer que el sufragio universal, por ejemplo, ha dado lugar a tantos problemas como la tecnología, si no a más, aunque se puede también conceder que existen muchas conexiones entre el desarrollo de la tecnología y el sufragio universal.

[19] Friedman, M., *Law in a Changing Society*, Stevens & Sons, Londres 1959, p. 7. 33

[20] *Ibid*., p. 30.

[21] *Ibid*., p. 4.

[22] La especial posición de los tribunales supremos a este último respecto es sólo una consecuencia del principio general antes esbozado, sobre el que volveremos más tarde.

[23] Citado en Maurice Cranston, *Freedom*, Longrnans, Green & Co., Londres 1953, p. 13.

[24] Una confusión semántica de este tipo puede encontrarse en la *Guide to Comunist Jargon*, de R.N. Carew-Hunt, Geoffrey Bles, Londres 1957.

[25] Un ensayo reciente de Roscoe Pound, antiguo decano de la Escuela Jurídica de Harvard, titulado «Legal Immunities of Labor Unions», proporciona una descripción detallada de las inmunidades de que estas organizaciones disfrutan actualmente en la ley americana. El ensayo está publicado en *Labor Unions and Public Policy*, American Enterprise Association, Washington, D.C., 1958.

[26] Lewis Carroll (Charles Lutwidge Dodgson), *A través del espejo, en The Lewis Carroll Book*, edición de Richard Herrick, Nueva York, Tudor Puhlishing Co., 1944, p. 238.

[27] Pese a la opinión contraria de sir Herbert Read (citado por Maurice Cranston, *op. cit*., p. 44).

[28] Ludwig Von Mises, *Human Action: A Treatise on Economics*, New Haven, Yale University Press, 1949, p. 281. [Trad. esp. en Unión Editorial, 4.ª ed., Madrid 1986.].

[29] *Ibid*.

[30] F.A. Hayek, *The Political Ideal of the Rule of Law*, National Bank of Egypt, El Cairo 1955, p. 2. Virtualmente todo el contenido de este libro se ha vuelto a publicar en *The Constitution of Liberty*[trad. esp. con el título: *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 8.ª ed., Madrid 2008]

[31] Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8.ª ed., Macmillan, Londres, 1915, p. 185.

[32] *Ibid*., p. 191.

[33] F.A. Hayek, *op. cit*., p. 45.

[34] Carleton Kemp Allen, *Law and Ordres*, Stevens & Sons, Londres 1956. p. 396.

[35] *Ibid*., p. 396.

[36] *Ibid*., p. 32.

[37] Ernest F. Row, *How States Are Governed*, Pitman & Sons, Londres 1950, p. 70. Sobre la situación en los Estados Unidos, véase Walter Gellhorn, *Individual Freedom and Governmental Restraints*, Louisiana State University Press, Baton Rouge 1956, y Leslie Grey, «The Administrative Agency Colossus», *The Freeman*, octubre 1958, p. 31.

[38] F.A. Hayek, *op. cit*., p. 57.

[39] Dicey, *op. cit*., p. 189.

[40] *Loc. cit.*

[41] 12 Ibid., p. 195.

[42] F.A. Hayek, *op. cit*., p. 36.

[43] *Ibid*., p. 38.

[44] Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, 11, 37-39.

[45] *Loc. cit.*

[46] Dagobert D. Runes, *A Book of Contemplation*, Philosophical Library, Nueva York 1957, p. 20.

[47] W.W. Buckland, *Roman Law and Common Law*, 2.ª ed. revisada por F.H.

Lawson, Cambridge University Press, 1952, p. 4. Este libro constituye una fascinante comparación entre los dos sistemas.

[48] *Ibid*., p. 18.

[49] Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford 1946, p. 84.

[50] Estoy en deuda, por esta y otras interesantes observaciones sobre el sistema jurídico romano, con el profesor V. Arangio Ruiz, cuyo ensayo «La règle de droit dans l'antiquité classique» (vuelto a publicar por el autor en *Rariora*, Ed. di Storia e Letteratura, Roma 1946, p. 233) es muy informativo y estimulante.

[51] Cicerón, *De republica*, ii 1, 2.

[52] Dicey, *loc. cit.*

[53] Thomas Hobbes, *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* (1681), en sir William Molesworth, ed., T*he English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, John Bohn, Londres 1829-1845, VI, 3-161.

[54] Matthew Hale, «Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mister Hobbes, His *Dialogue of English Law*», publicado por primera vez por Holdsworth, *History of English Law*, Methuen & Co., Londres 1924, vol. V, apéndice, p. 500.

[55] *Ibid*., p. 505.

[56] *Ibid*., p. 504

[57] *Dig*. 1, 3, 21.

[58] En lo que respecta a Gran Bretaña, véase el conciso análisis del profesor G. W. Keeton, *The Passing of Parliament*, Londres, E. Benn, 1952. En cuanto a los Estados Unidos, véase Burnham, *Congress and the American Tradition*, Chicago, Regnery, 1959, especialmente «The Rise of the Fourth Branch», p. 157, y Lowell B. Mason, *The Language of Dissent*, Cleveland, Ohio, World Publishing Co., 1959.

[59] Véase, por ejemplo, las nuevas (1959) leyes de tráfico italianas, que aumentan considerablemente el margen de medidas discrecionales que pueden ponerse en vigor contra los conductores por parte de funcionarios ejecutivos, tales como los «prefectos».

[60] Yo mismo traté este tema en otras dos ocasiones; a saber, en unas conferencias en el Nuffield College, Oxford, y en el Departamento de Economía de la Universidad de Manchester, en 1957.

[61] James Buchanan, «Individual Choices in Voting and in the Market», *Journal of Political Economy*, 1954, p. 338.

[62] *Loc. cit.*

[63] *Loc. cit.*

[64] Edmund Burke, *Works*, 1808, II, pp. 287 y ss.

[65] Edmund Burke, «Speech to the Electors of Bristol», 3 de diciembre de 1774, en *Works*, Little, Brown & Co., 1894, II, 96.

[66] Cecil S. Emden, *The People and the Constitution*, 2.ª edic., Clarendon

Press, Oxford 1956, p. 34.

[67] *Ibid*., p. 53. Los historiadores nos dicen que «como resultado de su discurso, el mismo Fox fue atacado por la turba cuando se dirigía en coche a la Casa, y fue arrastrado por el fango.»

[68] R.T. McKenzie, *British Political Parties*, Heineman, Londres 1955, p. 588.

[69] Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.ª ed., Macmillan, Londres 1939, p. 76.

[70] *Ibid*., p. 73.

[71] *Ibid*., p. 82.

[72] *Ibid*., p. 83.

[73] *Loc. cit.*

[74] Sobre este y otros puntos mencionados en este capítulo, véase el claro e informativo artículo sobre «Representación», de H. Chiholm, en la Enciclopedia Británica (14.ª edic.).

[75] Sin embargo, la teoría política de la representación en la Edad Media parece haber sufrido la influencia de una teoría similar del jurista romano Pomponius, contenida en un fragmento del Digesto («deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad senatum deduxit», esto es, el senado fue inducido a asumir la responsabilidad de la legislación debido a las dificultades que suponía congregar a los plebeyos, y a la aún mayor dificultad de celebrar una asamblea con la vasta multitud que constituía el electorado completo). Véase Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, trad. por Maitland, Cambridge University Press, 1922, pp. 168 y ss.

[76] H. Chisholm, *loc. cit.*

[77] Gierke, *op. cit*., p. 64.

[78] Para una discusión reciente de los problemas de la representación en conexión con la regla de la mayoría, véase Burnham, *op. cit*., especialmente el capítulo titulado «What is a Majority?», pp. 311 y ss.

[79] Esto es cierto pese al hecho, observado por el profesor Milton Friedman, de que los accionistas pueden, en último término, deshacerse de las acciones de aquellas firmas cuya política no pueden controlar suficientemente, mientras que los ciudadanos no pueden hacer tan fácilmente lo mismo con su ciudadanía.

[80] John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, Henry Holt & Co., Nueva York 1882.

[81] *Ibid*., p. 147.

[82] R.T. McKenzie, *op. cit*., p. 588.

[83] *Ibid*., p. 589.

[84] Leslie Stephen, *The Science of Ethics*, citado por Dicey, *op. cit*., p. 81.

[85] Eugen Ehrlich, *Juristische Logik*, Mohr, Tubinga 1918, p. 166.

[86] *Ibid*., p. 167.

[87] F.A. Hayek, *op. cit*., p. 46.

[88] B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruselas 1851, I, 178.
[89] Ludwig Von Mises, *Planning for Freedom*, Libertarian Press, South Holland, (Illinois), 1952, último capítulo.
[90] Quizá se debería también tener en cuenta el daño resultante de que un físico juegue a economista.
[91] M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953, p. 11.
[92] *Ibid*., pp. 16-18.
[93] *Ibid*., p. 21.
[94] *Loc. cit.*
[95] *Loc. cit.*
[96] R. Kelf-Cohen, *Nationalization in Britain: The End of a Dogma*, Macmillan, Londres 1958; prefacio, p. V.
[97] *Ibid*., p. 12.
[98] Véase sobre esto M. Friedman, *op. cit*., pp. 290 y *ss*, y citas incluidas.
[99] Informe Wolfenden, Comité de Ofensas Homosexuales y Prostitución (1959). Sin embargo, como ejemplo de un punto de vista contrario, «reaccionario», podemos citar la «Maccabean lecture in jurisprudence», dada en la Academia Británica por el honorable sir Patriek Devlin, en marzo de 1959, y publicada por Oxford University Press bajo el título *The Enforcement of Morals.*
[100] Una manera práctica de reducir el ámbito de la legislación podría ser recurrir a la legislación misma; por ejemplo, introduciendo una cláusula en las constituciones escritas de los países interesados con el objeto de impedir que los cuerpos legislativos promulguen estatutos sobre ciertas cuestiones y/o requiriendo la unanimidad, o mayorías cualificadas, para que cierto tipo de estatutos puedan hacerse vigentes. Especialmente, el requisito de mayorías cualificadas podría evitar que algunos grupos, dentro de un cuerpo legislativo, sobornen a otros, en perjuicio de minorías disconformes, haciendo indispensable el consentimiento de esas minorías para la aprobación de la ley. Este procedimiento lo sugirió el profesor James Buchanan en la reunión de la sociedad Mont Pèlerin, en Oxford, Inglaterra, en septiembre de 1959.
[101] Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 5.ª ed., Clarendon Press, Oxford 1951, p. 287.
[102] *Ibid*., p. 269.
[103] Véase, por ejemplo, F.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, 4.ª ed., University of Chicago Press, 1955, p. 41 y ss.
[104] *Ibid*., pp. 41-43.
[105] Como diría Carleton Kemp Allen, los jueces «hacen» la ley sólo en un sentido secundario, lo mismo que «un hombre que saca leña de un árbol, en un sentido, ha hecho la leña... Los hombres, con todos sus recursos e inventiva, tienen una capacidad creativa limitada por la materia física disponible. De la misma forma, el poder creador de los tribunales está limitado por el material legal existente a su

disposición. Encuentran ante sí el material y lo conforman. Un cuerpo legislativo puede elaborar un material completamente nuevo», *op. cit*., p. 288.

[106] La exposición más certera y brillante de este punto que yo conozco es la contenida en *Constitutionalism: Ancient and Modern*, de Charles Howard McIlwain, Cornell University Pres, publicado por primera vez en 1940 y reeditado posteriormente.

[107] No preciso explicar a fondo por qué lo llamo un *postulado*. Ciertamente, no podría proporcionarse demostración alguna de dicho supuesto hasta concluir la investigación, y resulta evidente que ésta es poco menos que inagotable, debido al elevado número de lenguajes y significados que habrían de ser tenidos en cuenta.

[108] Propongo denominar *poder*, en estas circunstancias, a la posibilidad de que nuestras demandas sean satisfechas, con independencia de la *causa*, y denominar *poder legal* a la posibilidad de que nuestras demandas formales sean asimismo satisfechas, sin considerar nuevamente la causa que induce a los demás a satisfacerlas, o verlas satisfechas de un modo u otro por las personas a quienes atañen.

[109] Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 5.ª ed., Clarendon Press, Oxford 1951, p. 288.

[110] Más adelante veremos, exactamente, qué significa esta «creación de la ley», cuando menos en la práctica, y cuáles son los límites y los conceptos erróneos relacionados con esta noción. Puede afirmarse que el proceso de elaboración del derecho mediante la legislación presenta rasgos muy peculiares que no se hallan, o existen en un grado muy inferior, en los otros dos procesos.

[111] En este volumen, pp. 102-103.

[112] Fritz Schultz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford 1946, p. 84.

[113] Murray N. Rothbard, «Sobre la libertad y la ley», en *New Individualist Review*, 1/ 4, invierno de 1962, pp. 37-40. Edición íntegra de *New Individualist Review*, reimpresión de Liberty Fund, Indianápolis, 1981, pp. 163-166.

[114] Irwin D.J. Bross, *Dessign for Decision*, Macmillan, Nueva York 1953, p. 263.

[115] Duncan Black, «The Unity of Political and Economic Science», *Economic Journal*, 60/239, septiembre 1950.

[116] Me parece que una de las tentativas recientes de reavivar este tipo de supuesto es la idea de que puede lograrse una «función de bienestar social» o una «elección social racional» mediante ardides matemáticos como los analizados por Kenneth Arrow en su conocido ensayo *Social Choice and Individual Values*, John Wiley and Sons, Inc., Nueva York 1951. En esta perspectiva, las computadoras se convierten en el sucedáneo moderno del *Volksgeist* o el *Verhunft.*

[117] Margaret MacDonald, «The Language of Political Theory», *Logic and Language* (First Series), ed. Anthony Flew, Basil Blackwell, Oxford 1955), pp. 167-186.

[118] James M. Buchanan, «Individual Choices in Voting and the Market», *Journal of Political Economy*, 62, 1954, p. 334. Existe una reimpresión de este ensayo en *Fiscal Theory and Political Economy: Selected Essays*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1960.
[119] Black parece hacerse eco aquí de una idea insinuada por Pigou en dos artículos publicados —si no recuerdo mal— en los años 1901 y 1906 en el *Economic Journal*, donde Pigou señalaba una analogía entre la oferta y la demanda del mercado respecto a bienes de consumo, y la oferta y la demanda en el ámbito político respecto a leyes y normas. Me vienen también a la memoria las ideas expuestas por Arthur F. Bentley en *The Process of Government*, The Principia Press, Bloomington 1935 [editado originariamente en 1908]), así como los teóricos americanos cuyas ideas han sido, con bastante dureza, examinadas por David Easton en *The Political System: An Inquiry into the State of Political Science*, Alfred Knopf, Nueva York 1953.
[120] Ludwig von Mises, *Human Action*, Yale University Press, New Haven 1949, p. 271.
[121] Robert A. Dahl y Charles E. Lindblom, *Politics, Economics and Welfare*, Harper and Brothers, Nueva York 1953, p. 241.
[122] James M. Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor 1962. Ciertos comentarios de esta conferencia y de la siguiente se basan en una edición mimeografiada de tirada limitada.
[123] Véase Bruno Leoni, «Political Decisions and Majority Rule», *Il Politico*, XXV/4, 1960, pp. 724-733.
[124] Anthony Downs, *In Defense of Majority Voting*, University of Chicago Press, Chicago 1960. En un ensayo mimeografiado este autor hizo una especie de crítica general de la ponencia de Gordon Tullock «Some Problems of Majority Voting». Esta ponencia constituyó una primera versión del capítulo 10 de *The Calculus of Consent*.
[125] *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 15, editados por Andrew A. Lipscomb, Te Thomas Jefferson Memorial Association of the United States, Washington 1904, p. 127.
[126] Véase Herbert Spencer, «The Great Political Superstition», T*he Man versus the State*, Liberty Fund Inc., Indianápolis 1981, p. 129.
[127] A. Lawrence Lowell, *Public Opinion and Popular Government*, Longmans, Green & Co., Nueva York 1913.
[128] Frédéric Bastiat, *Selected Essays on Political Economy*, D. Van Nostrand Co., Nueva York 1964, p. 144.